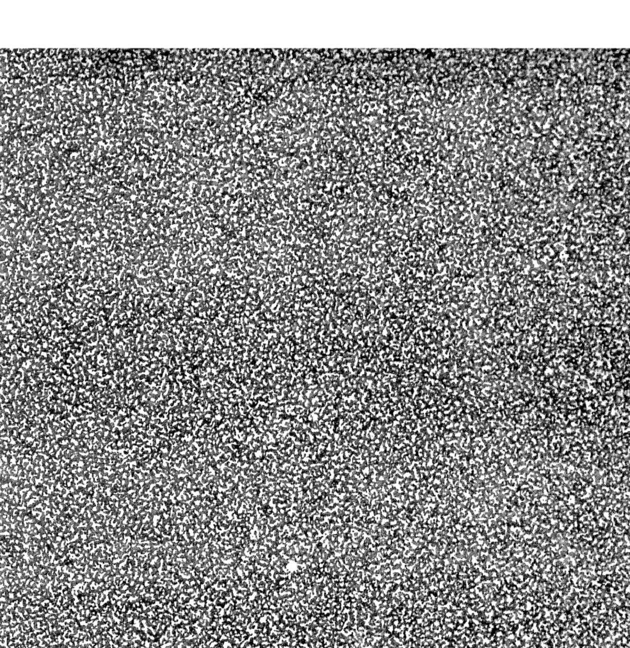
مصطفى أحمد الزرقاء

الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد

المدخل الفقهي العام

الجزء الأول



إهـــــــداء٢٠٠٦

المرحوم الدكتور/ علي حسين كرار

القاهرة

مُصطفى أحمد الزرقاء

استاذ القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

الجزء الأول



ثلاثة اقسام في جزءين

- مقدمة تعريفية وتاريخية للفقه الاسلامي وأصوله
- النظريات الكبرى الاساسية في مباني الاحكام الفقهية
- ألقواعد الكلية مرتبة ترتيباً جديداً ، ومشروحة بايجاز

طبعة تاسعة منقحة ومزيدة

مذيلة بفهارس عديدة ، وفهرس أبجدي هام

مطابع ألف باء - الأديب - دمشق

١٩٦٧ - ١٩٦٨

مقـدمة الطبعة الثالثة

بمناسبة صدور القانون المدني السوري خلالها

بدأنا هذه الطبعة من هذا المدخل الفقهي العام ونحن في ظل سلطان مجلة الأحكام الشـرعية المصوغة من فقه المذهب الحنفي ، والتي كانت هي قانوننا المدني العـام ، ومرجعنا في كل ما ليس فيـه حكم قانوني بعدها يخالفها .

وقد كنا نبغي أن تكون هـذه السلسلة الفقهية التي نصوغها وهي « الفقه الاسـلامي في ثوبه الجديد » تمهيـداً لقانون مدني حـديث نخرجه في سورية مسـتمداً من الفقه الاسـلامي في مختلف مذاهبـه الغنيـة ، بحيث تقوم أسسه على أحسن ما في كل منهـا من النظريات والمبـادىء الفقهية الخالدة ، وهي التي تعاقب على حراثتها وتحريرها عباقرة فقهـاء الاسلام خلال ثلاثة عشـر قرناً ، وأوجـدوا في موضوعاتهـا وأبوابهـا ـ الى جانب الأحكام التي أحكموا قواعدها ومبانيها ـ لغـة ومصطلحات لم يعرف في تاريخ الحقوق لغـة فقهيـة في مثل سعتها ودقتها وحسن انتقائها .

فأمنيتنا أن ننشىء قانوناً مدنياً يصـل تشـريعنا الحقوقي وحاجاتنا الحديثة فيه بماض فقهي مجيد زاخر ، قابل ـ بعظيم مبـادئه ومرونـة قواعـده ومبانيه ـ أن يستجيب لكل ما تستدعيه حاجات المجتمع المـدني

الصالح وتطوراته الاقتصادية والاجتماعية والعرفية ، كما سنرى شواهده في هذا المدخل .

وتوجيهاً الى هذا الطريق كتبنا في هذا المدخل بحثاً توجيهياً بعنوان « **قانوننا المدني المنتظر ، وفضل بنائه من الفقه الاسلامي** » (أنظر الفقرة/٨٣) .

غير أننا ونحن في هذا الطريق ، وابصارنا معلقة بنهايته ، ووزارة العدل السورية تكلف الاخصائيين بوضع قانون مدني مستمد من الفقه الاسلامي وواف بالحاجات الزمنية الجديدة فوجئنا باصدار القانون المدني السوري في عهد الانقلاب العسكري الأول الذي حدث لدينا ٣٠ آذار ١٩٤٩ م ، وكان صدور هذا القانون بمساعي السيد أسعد الكوراني الذي ولاه زعيم الانقلاب وزارة العدل السورية . فقد اهتبل السيد الكوراني فرصة ذلك العهد الانقلابي والحكم الارهابي ، وأقنع زعيم الانقلاب الذي تولى السلطتين التشريعية والتنفيذية بأن اقامة قانون مدني أجنبي بدلا من التشريع الاسلامي وفقهه في هذه البلاد هو خير وسيلة لخلود الذكر وعظيم المكانة في نظر الأجانب ، وأوهمه أن هذا العمل يجعله كنابليون الذي كان القانون المدني الفرنسي أكثر تخليداً له من فتوحاته !!

وقد وجدوا ان القانون المدني المصري الجديد يحقق هذا الغرض لأنه أجنبي أوروبي المصادر ، فأصدروه بين عشية وضحاها بجرة قلم هدموا بها أعظم صرح فقهي في العالم ، وأقاموا بها قانوناً لا مرجع فيه لقاض أو محام أو دارس الا أصوله واصطلاحاته الاجنبية .

وقد فاتهم أن طريق الخلود ليس في أخذ قانون جنبي لا أثر لنا فيه

الا الانسلاخ من اصالتنا التي في كل أرض منهـا أثر ، وفي كل حضـارة عنها خبر ؟ ولا نتيجـة له الا تناسي الذات ، والتحول الى حيـاة عـلى هامش الحياة ! وانما طريق الخلود في أن ننشىء من جوهر فقهنـا الذي ملأت آلاف مؤلفـاته مكتبات العـالم ، وأن نستمد من نبعه العذب المعين الهدار قانوناً جديداً يفي بحاجاتنـا الحديثة ، فيكون أصله راسخاً في فقهنـا وفرعه شـامخاً في السماء ، كمـا كان يفعـل فقهاؤنـا الأعاظم في تخريجاتهم وتجديداتهم الفقهية ازاء حاجات كـل عصر ومصر ، حتى بلغوا بالفقه الاسـلامي هذه السعة التي جلت عن الحـدود • نعم هـذا هو طريق الخلود الذي اذا مشينا وانتجنا فيه كان كفيلا بأن يرد مصر نفسـها الى الجـادة بعدما خطئت وانسـاقت وراء التشـريع الأجنبي ، تفني نفسها فيـه ، وتبقى عـلى هوامشه ضـائعة الجهـود ، مضيعـة لمجد الجدود !!

ونحن لا نأبى الاقتباس ، فان الحكمة ضالة المؤمن ، ولكننا أثريـاء في المادة ؟ وانما نحن بحاجـة الى اقتباس الأسـاليب الحديثـة في البحث الفقهي وترتيبه ، والى بعض الأحكـام الجديدة التي نظمتها التشـريعات للاوضاع الحقوقية والاقتصـادية الحديثة ، كشركات المسـاهمة وعقـود التأمين ؟ على أن نخرجها على قواعـد فقهنا تخريجاً يقيمها على أصـوله ويدمجها فيه ، كما كان يفعل فقهاؤنا الأعاظم تجاه الأوضـاع والحوادث الجديدة التي كانوا يواجهونها •

أما اهمال ذلك الفقه الذي تعاقبت على خدمتـه عشـرات الأجيـال من عبـاقرة الفقهـاء وجهابذتهم ممن انقطعوا اليه ووقفوا كل مواهبهـم عليه ، واقامة قانون أجنبي كامل يربطنا بعجلة التشـريع والفقه الأجنبيين ، ويجعل تراثنا العظيم نسياً منسياً ، فهو اعلان افلاس ، وليس باقتباس ،

وهو عجز لا ابداع ، فلا يليق هذا بأمة لها ثروة فقهية كثروتنا ، وماض تشريعي جليل كماضينا •

هذا وقد رأينا أن خير عمل لنا ، بعد تلك الجناية التي جنتها على مجد العروبة الفقهي أيد شعوبية أثيمة ، هو أن نتابع صياغة هذه السلسلة الفقهية الجديدة بتبسيط واحكام ، كي يعرف الجيل العربي الحقوقي الجديد ما أفاده وما أضاع ، فنفتح له طريق الرجوع بعد أن يملك من المعرفة ما يحكم به على تلك الجناية وجناتها •

فلذا عمدنا الى توسيع هذا المدخل الفقهي العام في طبعته الثالثة هذه التي صدر القانون المدني خلالها ، ليكون هو والأجزاء التي تليه حجة الفقه العربي الاسلامي لأنصاره على أعدائه ، وموقظاً في الجيل العربي الناشىء غيرة على تراث فقهي ليس لأمة مثله في تاريخ التشريع •

وبهذه المناسبة نذكر أنه في مثل هذا اليوم من العام الفائت (الثاني من تموز ١٩٥١ م) عقدت شعبة الحقوق الشرقية من « المجمع الدولي للحقوق المقارنة » مؤتمراً في كلية الحقوق من جامعة باريس للبحث في الفقه الاسلامي تحت اسم « اسبوع الفقه الاسلامي » برئاسة المسيو (ميو Montet) استاذ التشريع الاسلامي في كلية الحقوق بجامعة باريس دعت اليه عدداً كبيراً من أساتذة كليات الحقوق العربية وغير العربية وكليات الأزهر ، ومن المحامين الفرنسيين والعرب وغيرهما ، ومن المستشرقين • وقد اشترك فيه من مصر أربعة أعضاء : اثنان من جامعة فؤاد ، وعميد كلية الحقوق في جامعة ابراهيم[1] ، وأحد أعضاء

(١) أصبح اسم الجامعتين المذكورتين الآن في عهد الثورة المصرية : **جامعة القاهرة ، وجامعة عين شمس** ، كما أصبح اسم جامعة « فاروق » في الاسكندرية : **جامعة الاسكندرية** •

هيئة كبـار العلمـاء عن الازهر ، واشتركنا فيـه أنا والاستاذ الدكتـور معروف الدواليبي عن كليـة الحقوق السـورية • وقد حاضر الاعضـاء في خمسة موضوعات فقهية عينها مكتب المجمع الدولي للحقوق المقـارنة قبل عام من زمر الحقوق العامة والخاصة (المدنية ، والجنائية ، والادارية ، والاقتصادية) ومن تاريخ التشريع ، ووجهت الدعوة للمحاضرة فيها ، وهي (١) اثبات الملكية (٢) الاستملاك للمصلحة العامـة (٣) المسؤوليـة الجنائية (٤) تأثير المذاهب الاجتهاديـة بعضها في بعض (٥) نظريـة الربا في الاسـلام • وكانت المحاضرات كلها باللغة الفرنسية ، وخصص لكل موضـوع يوم • وعقب كل محاضرة كانت تفتـح مناقشـات مهمـة مع المحـاضر وبـين المؤتمرين تطول وتقصـر بحسب الحاجـة ، وتسـجل خلاصاتها •

وفي خـلال بعض المناقشات وقف أحد الاعضـاء وهو نقيب محاماة سابق في باريس • فقال :

« انا لا اعرف كيف اوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الاسلامي وعدم صلوحه أساساً تشريعياً يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور ، وبين ما نسمعه الآن في المحاضرات ومناقشاتها مما يثبت خـلاف ذلك تماماً ببراهين النصوص والمبادىء » •

وفي ختام المؤتمر وضـع المؤتمرون بالاجماع هـذا التقرير الذي نترجمه فيما يلي :[1]

---

(١) وهذا هو النص الفرنسي الاصلي للتقرير المذكور :

Les Congressistes,

Etant donné l,intérêt suscité par les problèmes évoqués au cours de la SEMAINE DE DROIT MUSULMAN, et par les

←

« ان المؤتمرين » :

بناء على الفائـدة المتحققة من المباحث التي عرضت أثنـاء « اسبوع الفقه الاسلامي » ، وما جرى حولهـا من المناقشـات التي تخلص منهـا بوضوح :

أ ـ أن مبادىء الفقه الاسلامي لها قيمـة (حقوقية تشـريعية) لا يمارى فيها .

ب ـ وان اختـلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقيـة العظمى ينطوي عـلى ثـروة من المفـاهيم والمعلومـات ، ومن الاصـول الحقوقية ، هي منـاط الاعجـاب ، وبهـا يستطيع الفقـه الاسـلامي أن

→

discussion auxquelles ils ont donné lieu, dont il est résulté clairement que les principes du droit musulman ont valeur indiscutable, et que la variété des écoles à l'intérieur de ce grand système juridique implique une richesse de notions juridique remarquable qui permet à ce droit de répondre à tous les besoins d'adaptation exigés par la vie moderne.

Emettent le vœu que la SEMAINE poursuive ses travaux d,année en année.

Chargent le Bureau de la SEMAINE d'établir la liste des sujets qui, à la suite des discussions ayant eu lieu au cours de la SEMAINE, devront faire l'object d'un examen au cours de la session prochaine.

Souhaitent qu'un Comité soit formé pour rétablir un dictionnaire de droit musulman destiné à faciliter l'accès aux ouvrage de droit musulman et constituant un répertoire des connaissances juridiques musulmanes, exposées suivant les méthodes modernes.

Paris, 7 Juillet 1951

يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة ، والتوفيق بين حاجاتها •

يعلنون رغبتهم في أن يظل اسبوع الفقه الاسلامي يتابع أعماله سنة فسنة ، ويكلفون مكتب المؤتمر وضع قائمة للموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث في الدورة القادمة •

ويأمل المؤتمرون أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الاسلامي يسهل الرجوع الى مؤلفات هذا الفقه ، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الاسلامية وفقاً للأساليب الحديثة[1] •

ولا يخفى أن هذا الامل الاخير الذي أعرب عنه المؤتمر في تأليف موسوعة فقهية على طراز موسوعات الحقوق الاجنبية ، كموسوعة دالوز وغيرها ، هو المرحلة الجديدة التي يجب أن يجتازها تدوين الفقه الاسلامي لكي يظهر بها جوهره ، ويدنو بها ثمره • وهذا من أعظم ما يجب أن تفكر فيه جامعة الدول العربية • ومن الممكن أن يعهد به الى لجنة تتألف من بضعة أشخاص من الفقهاء والقانونيين ، يتفرغون له مع عدد من المساعدين خلال بضع سنين • وان كلفته لا تعد شيئاً

---

(١) وقد قامت الجمعية الدولية للحقوق المقارنة بتلخيص وقائع اسبوع الفقه الاسلامي هذا وما دار فيه من بحوث ومناقشات مع التعليق عليه بما يظهر أهميته الكبرى في عالم القانون ، ونشرت هذه الخلاصة في ثلاثين صفحة من مجلتها (المجلة الدولية للحقوق المقارنة ؛ Revue internationale de droit comparé) في العدد الرابع من السنة الثالثة ، ايلول – تشرين الأول/١٩٥١ ، كما نشر معهد الحقوق المقارنة بجامعة باريس نصوص المحاضرات التي القيت في هذا المؤتمر كاملة مع مناقشاتها في كتاب خاص اصدرته مكتبة مجموعة سيريه Sirey للبحوث القانونية سنة ١٩٥٣ باشراف المسيو ميو رئيس المؤتمر •

بالنسبة الى عظيم فائدته وأثره[1] .

والآن نترك المجال لهذا المدخل الفقهي أن يتكلم بلسانه العلمي الهادىء ، واسلوبه الجديد المبسط الموطأ ، وموازناته الفقهية المتواضعة ، فيترجم هو عن الفقه العظيم لكل قارىء ، وأسأل الله تعالى التوفيق الى خير طريق ، فهو الكفيل بالهداية الى سواء السبيل .

دمشق في ١٠ من شوال ١٧٣١ هـ ــ ٢ من تموز ١٩٥٢ م

مصطفى احمد الزرقا

---

(١) ان هذا الحلم قد أوشك أن يتحقق، فقد أنشئت أول عام ١٩٥٤م الدراسي في جامعة دمشق بعد الطبعة الثالثة من هذا المدخل كلية للشريعة الاسلامية . وقد تبنت هذه الكلية مشروع وضع موسوعة (دائرة معارف) للفقه الاسلامي بالصورة التي تمناها هذا المؤتمر ، ورصدت في ميزانيتها لعام ١٩٥٦ مبلغاً للبدء بهذا المشروع العظيم ، وألفت له لجنة ، وباشرت اللجنة اتصالاتها بعلماء الاقطار لهذا الغرض .

بسم الله الرحمن الرحيم

وإياه نستعين

خطبة الكتاب

وبعد فان الأحكام المدنية لدينا ليست محصورة في مجموعة على نحو القوانين المدنية في الأمم الأخرى ، وانما القانون المدني لدينا في سعة البحر المحيط : فهو مجلة الأحكام العدلية المختارة من فقه المذهب الحنفي[1] ، ومن ورائها سائر الأحكام الفقهية المنثورة في كتب ذلك المذهب مما لا نص عليه في المجلة ، ثم القوانين التي تناولت كثيراً من تلك الأحكام الفقهية بالنسخ أو التعديل .

وهذه الأحكام الشرعية المدنية مما في كتب الفقه والمجلة لدينا لم تعرض الى اليوم باسلوب البحث الموضوعي على نسق ما نشاهده في مؤلفات القانون المدني المهيأة للدراسة الجامعية في الأمم الأجنبية ،

(١) نلفت نظر القارىء الى ان هذا الكتاب ومقدمته هذه قد وضعا وطبعا قبل الغاء مجلة الاحكام العدلية ، وحلول قانون مدني جديد أجنبي الأصول محلها في سورية سنة ١٩٤٩/م كما بيناه في مقدمة الطبعة الثالثة .

ككتب « جوسـران » و « كابيتان » مثلا في القـانون المـدني الفرنسي ، بل كانت جميع شروح المجلة والكتب الفقهية الأخرى قائمة على طريقة شرح المواد مفردة ، وسرد الاحكام المتفرقة •

والطالب الذي يتخرج من مدارس التحصيل الثانوي العام • فيدخل كلية الحقوق لايستطيع فهم تلك الأحكام الفقهية وهضمها ما دام يواجـه فيها منذ البدايـة فروع المسـائل التي يتوقف فهمها عـلى قواعـد وعلل ونظريات ومبـادىء ولغة واصطـلاحات فقهيـة يجهلها الطالب جميعاً ، فيضطـر أن يحفظ تلك المسائل الفرعيـة وأحكامها حفظاً ، دون أسس تمسك بهـذه الفـروع في فكـره ، ورابطة موضوعيـة تجمع بعضها الى بعض •

فالكتب الفقهية لدينا وشروح المجلة كلها في الحقيقة انما تصلح أن تكون مدونات للمحاكم ، كجميع شـروح القوانين ، ليرجع اليهـا الحكام عند حاجاتهم الى معرفـة ما حول كل مادة وحكم من ايضـاح وتفصيل ، ولا تصلح أن تكون كتباً تعليمية في مجلة الاحكام العدلية الشرعية ومبادئها الفقهية لطلاب الحقوق في الجامعات •

ونحن بحاجة شديدة ، الى كتب جديدة توضع على طريقة البحث الموضوعي في أحكام المجلة ومبادئها الفقهية ، لتصبح بالتبسيط والتركيـز والتنسيق قريبة المتناول سهلة المأخذ عـلى أفهام الطلاب وحفظهم ، حتى يتحقق في تأليف هذا العلم الدقيق الهام تمييز حسن بين الحاجة التعليمية في الجامعات ، والحاجـة التطبيقية في المحاكم ، ويعرض الفقه الاسـلامي في ثوب قشيب واسلوب جديد يساير ذوق العصر ولغته ، ولتمكن عندئذ مقارنة مباحثه بنظائرها من المباحث والنظريات القانونية ، فيظهر بذلك ما في فقهنا الجليل من مكنونات ثمينة في ميزان التشريع •

واني منذ أن عهد الي بتدريس الحقوق المدنية التي أساسها مجلة الاحكام العدلية في كلية الحقوق السورية سنة (١٩٦٣ هـ - ١٩٤٤ م) وجهت همي وعقدت عزمي على أن أنهـج في عرض فقـه المجلة تدريساً وتأليفاً هذا المنهج الضروري اليوم ، وأن أتقرب من جادته ما استطعت .

فشرعت في وضع هـذا الكتاب المتسلسل عن الالتزامات والعقـود في الفقه الاسلامي لأفتح به جادة جديدة لتدريس الحقوق المدنية في البلاد السورية ، جامعاً فيه الاحكام المدنية العامـة المعمول بها لدينـا مما تضمنته مجلة الاحكام الشرعية وما يتصل بها من المباحث والمسائل الفقهية المهمة ، مع الاشارة الى التعديلات القانونية الطارئة على الاحكام الفقهية الاصلية منذ العهد العثماني في هذه البلاد السورية الى اليوم .

وقد اتخذت فيه المذهب الحنفي في الفقه الاسلامي أساساً للبحث لأنه المعمول به في القضـاء ، مع الالمام بالمذاهب الاخـرى في بعض المواطن بحسب حاجة البحث .

وهدفي فيه أن أقلب صياغـة الفقه الاسـلامي ، فأبني من قواعـده ومبادئه نظرية عامة على غرار نظرية الالتزام العامـة في الفقـه القانوني الاجنبي الحديث[1] خدمة لفقهنا الاسلامي الجليـل ، كي يتجلى ما فيـه من جوهـر نفيس كان محجوباً بالاسلوب القـديم الذي أصبـح عسـير الهضم عـلى رجال العصر ؛ ووفاء للحاجة الى الطريقة التعليمية الحكيمة في الدراسة الجامعية لهـذا العلم الدقيـق المسائل ، المتشعب المبـاحث ، الواسع الآفاق ، العظيم الشأن والموقع . ذلك لأن الحقوق المدنيـة التـي

(١) ينظر التعريف بنظرية الالتزام العامة الاجنبية في الجزء الثالث من هذه السلسلة ف/٥٣ - ٦٨ .

يطلق عليها اسم « القانون المدني » هي أس الدراسات والمدارك الحقوقية جميعاً ، وان الحاجة التعليمية فيها توجب طريقة موضوعية تسير من البسيط الى المركب ، ولم يعد يهضم فيها الاسلوب الفروعي[1] القديم الذي لا تقام فيه الفروع على أصولها في نظرية كلية جامعة .

وقد كان من أعظم الاسباب في استغلاق الفقه على الطلاب خلال دراستهم الجامعية أن مسائله الفرعية تتصل بأصول كلية ، ونظريات عامة أساسية ، يشترك في العلاقة بكل منها كثير من أبواب الفقه ، ويتوقف على الاحاطة بها فهم مسائله وأحكامه ، والطالب في بدء دراسته يجهلها جميعاً . وذلك كنظرية الملكية وأنواعها وأسبابها ؛ ونظرية الارتباط التعاقدي ، أي العقود ، وما ترتكز عليه من أسس عامة ؛ ونظرية الشروط العقدية من تعليق وتقييد واضافة ؛ ونظرية المؤيدات التشريعية ، وما يتفرع عنها في الحقل المدني من قضية البطلان والفساد والتوقف ؛ ونظرية الأهلية ؛ ونظرية الضمان ؛ ونظرية العرف

---

(١) تسوغ النسبة الى لفظ الجمع اذا صارت صيغته في الاستعمال كاسم العلم مثل (انصاري) في النسبة الى (الأنصار) ، وكذا اذا كانت النسبة الى المفرد تلبس المعنى المراد بغيره كما هنا ، اذ لو قيل (فرعي) لما فهم منه طريقة سرد الفروع ، بل يفهم منه ما يقابل معنى (أصلي) .

ومثل ذلك في العرف القانوني اليوم كلمة (حقوقي) نسبة الى الحقوق بمعنى العلم ، فلو نسب الى المفرد فقيل : (حقي) لالتبس المعنى المراد بغيره .

وقد استعمل قدماء الفقهاء والاصوليين النسبة الى (الفروع) بصيغة الجمع ، فقالوا : « **فروعي** » اما باعتبار ان لفظ « الفروع » صار كاسم علم المسائل الفقه ، واما لدفع الالتباس المذكور (انظر عبارة أبي اسحاق الشاطبي الآتية في الفقرة ٧٧) . على أنه يجوز في لغة أن ينسب الى الجمع مطلقاً . (ر : حاشية الصبان على الأشموني) .

وسلطانه ، ونحو ذلك من المبادىء الاساسية والنظريات الموضوعية الكبرى التي هي من أركان الفقه ودعائم أحكامه ، وهي منثورة الاجزاء في غضون الابواب الفقهية يذكر منها في كل باب ما يتعلق به ، ولكنها يمكن أن تقتطف أجزاؤها وتجمع من أماكنها ، وتصاغ منها سلسلة نظريات يصدر بها علم الفقه فتكون مفاتيح لاغلاق مسائله ، وتزود الطالب فيه بملكة في الفهم عاجلة كان يحتاج في اكتسابها الى سير طويل في جميع فصول الفقه .

لذلك رأيت من الضروري أن أقدم بين يدي الكتاب مدخلا فقهيا عاما يشتمل على ثلاثة أقسام :

١ ـ مقدمة تعريفية وتاريخية على الفقه الاسلامي ، ومصادره ونشأة المذاهب الاجتهادية فيه وأسباب اختلافاتها ، وقيمة تلك الاختلافات في الثروة التشريعية ، وحركة التدوين فيه ، وطبقات مؤلفاته الى بروز المجلة ؛ وعن سعة هذا الفقه الاسلامي بمجموع اجتهاداته ، وعن تطوره وصلوحه لوفاء حاجات العصور اذا أريدت الاستفادة منه ، وجاد عليه الباحثون المعنيون بخدمة جديدة وحراثة حديثة يجود على أثرها بما في مناجمه من ثروة دفينة ، ومعادن ثمينة .

٢ ـ النظريات الاساسية في مباني الاحكام الفقهية .

وهي النظم والركائز التأسيسية الكبرى التي تعتبر دعائم الفقه وأركانه وأشرنا آنفاً الى ضرورة جمعها وتصدير الفقه بها .

٣ ـ القواعد الكلية التي صدرت بها المجلة مرتبة ترتيباً جديداً وموضحة بشرح موجز .

وقد جعلت للكتاب اسماً عاماً متسلسلا تشترك فيه جميع أجزائه وهو :

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

ثم جعلت لكل جزء عنواناً خاصاً به يدل على موضوعه ومباحثه :

فالجزآن الاول والثاني هما : **المدخل الفقهي العام** .

والجزء الثالث هو : **المدخل الى النظرية العامة للاحكام المدنية في الفقه الاسلامي** [1] وهو بمثابة باب تمهيدي لصياغة تلك النظرية العامة الجامعة ، ويشتمل على ثلاثة فصول تلقي نظرة عامة على فكرة الحق والالتزام والأموال والاشخاص في الفقه الاسلامي .

والجزء الرابع هو : **النظرية العامة للاحكام المدنية في الفقه الاسلامي** على غرار النظرية العامة للالتزامات في الفقه الأجنبي .

وبتمام هذه الاجزاء الاربعة ان شاء الله ـ وهي تتضمن المباحث والاحكام العامة ـ تبرز النظرية العامة للاحكام المدنية في فقهنا الاسلامي كاملة ، وتقوم على قدميها موطأة الاكناف محبوكة الاطراف ،

---

(١) كان اسم الجزء الثالث « **نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام والاموال والاشخاص في الفقه الاسلامي** » . وبما ان الجزء الثالث في ترتيب هذه السلسلة الفقهية هو باب تمهيدي الى نظرية الاحكام العامة الجامعة التي هي موضوع الجزء الرابع ، وهي في ترتيبنا تقابل نظرية الالتزام العامة في الفقه الاجنبي ، لذلك رجحنا هذا الاسم الجديد للجزء الثالث ، فيكون الجزء الاول والثاني مدخلاً فقهياً عاماً ، والثالث مدخلاً خاصاً الى النظرية العامة للاحكام المدنية .

بمثل طريقتها المعروفة اليوم في الفقه القانوني الحديث ، مع مدخلين عظيمين هامين .

ثم في الأجزاء التي تتلو تلك الاربعة من السلسلة ، نبحث في العقود المسماة مرتبة ومعالجة بالاسلوب الموضوعي الحديث مبتدئين من عقد البيع ، فتظهر أيضاً التطبيقات الفقهية لتلك المبادىء والاحكام العامة في العقود الخاصة .

وقد أخذت نفسي بعزو الاحكام الى مصادرها الاصلية ومواقعها من كتب الفقه ، الا ما كان مشهوراً غير محتاج الى عزو ، وذلك لكي يتمكن القارىء من الرجوع الى تلك المصادر الفقهية ، ولا يكون في هذا الاسلوب الجديد ما يجعل الطالب غير قادر على الرجوع الى المنبع الفقهي في كتبه القديمة الأساسية ، والاستفادة منه .

وان هذا العمل التجديدي في طريقة عرض الفقه الاسلامي بالانتقال من الشكل الفروعي الى الشكل الموضوعي يقتضي أن تتعاون عليه جهود جماعة من الاساتذة العلماء المطلعين على الفقه الاسلامي وعلى علم القانون الحديث في مصادره وأساليبه الاجنبية ، كما يقتضي من الوقت ما يروي الروية في التخطيط والاحاطة والترتيب والتهذيب والتنقيح .

وهذا عمل أجل وأعظم من أن يقوم به فرد ، ولكن الحاجة الملحة الى السرعة ومسابقة الزمن قضت بأن أقدم على حمل هذا العبء الثقيل الذي ينوء بالعصبة أولي القوة ، فاجمع بين التهيئة والالقاء والتحرير والاخراج في مبدأ عملي بقدر طاقتي في جميع أجزاء الكتاب في وقت واحد، سداً لحاجة الصفوف الثلاثة معاً في كلية الحقوق بجامعة دمشق .

ومن الله تعالى استمد العون ، وعلى الله قصد السبيل ، وهو حسبي ونعم الوكيل[1] .

دمشق في ٨ من صفر/١٣٥٤ هـ ـ ٢٢ من كانون الثاني/١٩٤٥ م

مصطفى احمد الزرقا

---

(١) قد احتجنا الى تجديد طبع هذا المدخل قبل تمامه حتى تم بالطبعة الثالثة .

وقد نقلنا في هذه الطبعة عن كتب حديثة ظهرت بعد الطبعة الثانية لهذا الكتاب ، أو ظهرت قبيل ذلك ، ولكني اطلعت عليها أخيراً ، ككتاب « أبو حنيفة » وكتاب « مالك » وكتاب « ابن حنبل » وكتاب « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » للاستاذ المحقق الشيخ محمد أبي زهرة ، وككتاب « الحق والذمة » للاستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف ، وكلاهما من أساتذة الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق من جامعة القاهرة ، وككتاب « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » للاستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني استاذ المجلة والقانون الروماني في الجامعة الاميركية ببيروت .

هذا ، وبما ان القانون المدني السوري صدر خلال الطبعة الثالثة أيضاً ، لذلك نقلنا عنه وعزونا اليه أشياء مع أنه صدر سنة/١٩٤٩ م بعد تأليف هذا الكتاب ، كما سبقت الاشارة اليه في مقدمة الطبعة الثالثة .

الرموز والاصطلاحات

قد جعلنا مقاطع الكلام ومحطات البحوث مفصلة ومميزة بفقرات ذات أرقام متسلسلة اعانة للقارىء ، وتسهيلا للاحالة والمراجعة .

واذا احتجنا عند تجديد الطبع الى زيادة فقرة أو أكثر نكرر رقم الفقرة السابقة مضافاً اليه رقم (٢) فصاعدا بحجم أصغر مفصولا بخط مائل ، كيلا تتغير بالزيادة أرقام الفقرات القديمة فتختل الاحالة السابقة عليها .

فمثلا لاضافة فقرات جديدة بعد الفقرة العاشرة نرسم هكذا : ١٠/٢ و ١٠/٣ ، وهلم جرا ...

وقد استعملنا في العزو والاحالة اصطلاحات نوضحها فيما يلي :

١ ـ حرف الراء المجردة هو فعل أمر من الرؤية بمعنى أنظر .

٢ ـ حرف الفاء المتلو برقم هو رمز الى الفقرة ذات الرقم المذكور.

٣ ـ حرف الميم مسبوقا باسم كتاب ذي مواد متسلسلة كمجلة الاحكام العدلية يراد به المادة ذات الرقم من الكتاب المذكور . وقد نستغني في هذه الحال عن الميم ، مثل (ر : المجلة/٢٧٠) ، أي انظر المادة/٢٧٠ من مجلة الاحكام العدلية .

٤ ـ حرف الجيم (ج) رمـز للجزء من كتاب ذي أجزاء متعـددة ، وحرف الصاد (ص) رمز للصفحة • وقد نكتفي بذكر رقم الجزء ورقـم الصفحة فقط مفصولا بينهما بخط مائل هكذا مثلا : (البدائع ٥/٦٧) فالرقم الاول للجزء ، والثاني للصفحة • واذا كان الكتاب جزءاً واحـدا فالرقم بعده للصفحة •

٥ ـ حرف القاف مع الميم متلواً برقم هو رمز للقانون المدني السوري الجديد ، والرقم للمادة المقصودة منه •

٦ ـ اذا ذكرنا في العزو والاحالة الى المواد أو الصفحـات أو الفقرات رقمين بينهما خط افقي هكذا مثلا : (١٦ ـ ٢٠) فالمراد شمول الاحالة أيضا جميع ما بين الرقمين المذكورين من أرقام متسلسلة •

٧ ـ حيثما عزونا الى صفحة من كتـاب الدر المختـار وحاشيته رد المحتـار دون تعيين الطبعـة فالمراد الطبعـة الاولى الاميريـة ذات القطـع الكبير •

واذا عزونا الى تنقيـح الفتاوى الحامدية فالمـراد الطبعـة الكاستلية سنة ١٢٨٠ هـ •

واذا عزونا الى كتاب الدرر شرح الغرر فالمراد طبعة اسطنبول •

٨ ـ عند تكرار العزو الى كتاب بعد فاصـل قصير اذا وضعنـا بعد اسم الكتاب كلمة (أيضا) فمعناه : الجزء والصفحة نفسهما المعزو اليهما منه قبيل ذلك •

مثال ـ فاذا قيـل مثـلا : (ر : ج/٣ف /٢٧/ والمجلة /٢٥٠/

وقانـون الاحـوال الشـخصية م/٥٠ ـ ٥٥ / ورد المحتـار ٣/٢٠٠/ وقم/٣٨٤) فمعناه :

أنظر الفقـرة /٢٧/ من الجـزء الثالث من هـذا الكتـاب ، والمادة /٢٥٠/ من المجـلة ، والمـواد مـن ٥٠ الى ٥٥ مـن قـانون الاحـوال الشخصيـة ، والصفحـة /٢٠٠/ من الجزء ٣ من رد المحتـار ، والمـادة /٣٨٤/ من القانون المدني السوري .

* *

القسم الأول

مقدمة تعريفية وتاريخية

للفقــه الاســلامي

الباب الأول

تمهيد ، وتعريف ، وتقسيم

الفصل الأول

تمهيـد

بين يـدي هـذه السلسلة الفقهية

- ١ -

ضوء على الشرائع الوضعية بوجه عام

١ - ان الشـرائع الوضعية : أو القوانين في المجتمعات البشـرية البدائيـة ، تتكون تدريجيا في صـورة عادات وأعراف • ثـم اذا ارتقت حياة الامة ومداركهـا ومعارفها وأصبحت لهـا سلطة حاكمة وسـيادة ، تلجأ الى تقنـين Codification تلك العـادات وتجعل منهـا نظاما آمراً في أعمال الناس ومعاملاتهم وعلائقهم • فيحل القانون محل تلك العادات

وينسخ اعتبارها ، فيلغي منها ما يرى غير صالح ، ويثبت ما يرى صالحا ، وتصبح العبرة لنصوص القانون وروحه ومقاصد شارعه •

ثم يرتقي التشريعي فيضع الأسس الحقوقية ، والقواعد القانونية العامة تاركا للاعراف والعادات تخطيط الحدود الفاصلة للحقوق والالتزامات المتقابلة في التفاصيل الجزئية التي يعسر على الشارع استقصاؤها بالنصوص ، وليس من المستحسن فيها ذلك الاستقصاء •

وهكذا بارتقاء التشريع ودخوله في طور تقعيد القواعد العامة يعود للعرف والعادات اعتبار في نطاق تقوم فيه بوظيفة المساعد للقانون ، غير ميدانها الأول الذي كانت فيه هي القانون •

١/٢ ـ وأهم مراحل الرقي التشريعي هي المرحلة التي تجسد فيها الارادات الحقوقية المسماة بالعقود ، وتنظم وتحترم نتائجها ، وتطلق فيها حرية التعاقد والمشارطات في كل ما لا يخل بالنظام العام والآداب ، ومقاصد الشارع الاساسية • وفي الامم ذات التراث التشريعي الراقي يوجد الى جانب نصوص القوانين فقه العلماء المتشرعين (أي نظريات حقوقية وشروح) واجتهاد للقضاة في فهم النصوص وتطبيقها والقياس عليها بصورة توسع استيعاب النصوص المحدودة الى آفاق غير محدودة بمراعاة العلل التي راعاها الشارع ، وتحكيم دلائل نصوصه •

١/٣ ـ فالشرع بوجه عام في أمة من الامم ليس الا صورة صحيحة لحياة اجتماعية واقعية • وهدفه العام فيها اقامة العدل وحفظ التوازن في الحقوق والالتزامات وصيانة حقوق الناس الفردية ومصالح المجتمع بقواعد قانونية • وهذه القواعد تكون وقتية غير صالحة للخلود اذا كانت تعبر عن اوضاع خاصة عرفية اقليمية ، وتكون صالحة للخلود اذا

كانت تعبر عن مفاهيم وحقائق مسلمة ثابتة عالمية ، كقاعدة منع الضرر وايجاب التعويض عنه ، وقاعدة عدم سريان حكم العقد على غير عاقديه ، وعدم تأثيره في حقوق الغير ...

فالتشريع دائما في الامة هو كالأدب فيها كلاهما يعطي صورة عن واقع اجتماعي واقتصادي في الامة ، ويعبر عما وصلت اليه الحياة فيها من التطور والادراك الاجتماعي . وبقدر ما فيه من قواعد ذات مفاهيم تشريعية عامة عالمية الاعتبار ، وبقدر ما فيه من توجيه للامة نحو الاصلاح المستمر تكون درجة رقي ذلك الشرع ، وصلاحية مبادئه للخلود .

١/٤ ـ وليس اختلاف الشرائع بين الامم الا تعبيراً عن الاختلاف في الحياة الاجتماعية والاقتصادية فيما بينها ؛ وفي الاهداف التي تتجه نحوها هذه الحياة ، وفي المثل العليا Idéals التي تستلهمها الامة وتستوحيها من عقيدتها . فعندما تبلغ الامة ذروة الرقي الفكري تبلغ تلك القواعد التشريعية لديها منتهاها من الرقي والقوة وتتمتع بالخلود . فالامة الرومانية مثلا لما كانت تعيش حياة منعزلة عن العالم ، منكمشة على عادات خاصة بها كانت قوانينها مجرد عادات ، ثم شرعاً موقتاً لحياة محدودة . ولما خرجت من موطنها الاصلي واندفعت نحو الشرق ، وحكمت عناصر اخرى ، اضطرت للخروج من نطاق شرعها الضيق ، فتطور وتوسع ولكنه بقي موقوتا غير صالح للخلود ، اذ كان لهم شرعان : أحدهما يتمتع به الرومان الاصليون ، والآخر الاجانب . حتى اذا بلغوا مستوى عالياً في الرقي المدني والفكري بعد القرن الثالث للميلاد ، وثبتوا قدمهم الثانية في الشرق الاوسط مهد الحضارات القديمة والشرائع والاديان ، بعد ان هذبتهم المبادىء الانسانية العامة التي خلفتها تعاليم السيد المسيح عليه السلام ، بلغ عندئذ تفكيرهم التشريعي منتهى رقيه ، فقام الامبراطور جوستنيان في القرن الخامس

الميلادي بتقنين الشـرع الروماني وتحريره من جديد ، فاصبح اساسـا لمعظم الشرائع الاوربية الى هذا اليوم •

١/٥ ننتهي من هذه النظرية الخاطفة في القانون الوضعي بوجه عام الى الحقيقه التالية : ان التشريع بوجه عام له ثلاث وظائف كبرى في الامة: العلاج ، والوقاية ، والتوجيه :

ـ فهو علاج للعلل الاجتماعية والمشكلات الاقتصادية الواقعة •

ـ وهو وقاية من العلل والمشكلات المتوقعة •

ـ وهو توجيه وتمهيد لاستمرار التكامل حتى يبلغ تنظيم الحقوق والالتزامات والمصالح مستواه الاكمل ، كما يبلغ صاعـد الجيـل ذروتـه تدريجيا اذا استمر في اتجاهه اليها • ولكي تتحقق هـذه الوظائف الثـلاث في التشريع يجب أن يكون الزامياً ، Obligatoire ، والا كان من قبيل المواعظ والارشادات الاخلاقيـة • ثم لكي تضمن له الطاعـة في العمـل والتطبيق يحتاج الشرع الاصلي الى نوع اضـافي من الاحكام التشـريعية يسمى : المُؤَيِّدات Sanctions وهي : اما زواجر مدنية جزائيـة كبطلان العقود المخالفة للنظام ، واما عقوبات تأديبية كالسجن والغرامات على الجرائم العدوانية لكي يضطر المكلف الى التزام حدود الطاعة •

على انه اذا كان الشرع يفترق عن المبادىء الاخلاقية من ناحية القوة الالزامية ، فانه دائما يفتقر في التطبيق الى الاخلاق التي يفترق عنهـا في المفهوم • ذلك لان باب الاحتيـال عـلى القـانون لا يمكن سـده في وجـه الاذكياء من النـاس الذين يقف القانـون حائلا دون منافعهـم ومطامعهم غير المشروعة الا اذا توافرت الاخلاق الفاضلة لديهم ، حتى تصبح أحكام القانون محترمة مقدسة في نفوسهم ، فلا يستبيحوا هضم حقوق الغـير أو

حقوق الدولة ولو استطاعوا ان ينفذوا الى مطامعهم من مداخل بعيدة عن رقابة القضاء ، آمنة من طائلته وسلطانه •

ومن هنا يتضح مدى الصلة الوثيقة والتساند بين التشريع من جهة وبين التربية العقلية والاجتماعية والاخلاقية من جهة أخرى •

بعد هـذه النظرة الاجمالية العجلى في القانون بوجه عـام ، وفي عنـاصره وصفاته الكمالية ننتقل الى الكلام عن الشـرائع الالهيـة ، ثم الشريعة الاسـلامية لنرى موقعها من عنـاصر الكمال التشريعي ونصيبها منهـا •

- ٢ -

ضوء على الشرائع الالهيـة

١/٦ ـ الى جانب الشرائع الوضعية توجد الشرائع الآلهية عن طريق الرسل الذين يحملون وحي الله تعالى الى البشر هادين مصلحين مقومين لخط السير الانساني المنحرف •

وهذه الشرائع الالهية ثلاثة أنواع :

ـ نوع يأتي للتقـويم الاخلاقي وتصفيـة النفوس ودعم الفضيلـة ولا يتضمن نظاما قانونيا على غرار الشرائع الوضعية ، وذلك كالمسيحية •

ـ ونوع يتضمن نظاما قانونيا خاصا ببيئة أو قوم كالشريعة اليهودية التي جاء بها سيدنا موسى عليـه السـلام لبني اسرائيل ، وتضمنت نظامـا قانونيا وأحكاما عملية قضائيـة تتناسب مـع الظرف الزماني والمكاني الذي كانوا فيه •

ـ ونوع يتضمن نظاما قانونيا مؤسسا على أساس الشمول والصلوح لجميع البيئات والظروف لانه يشتمل على المبادىء الثابتة ، وعلى التدابير الموقوتة والاحكام الاستثنائية لاحوال الضرورات ، وعلى الاحكام المربوطة بالاعراف والظروف الخاصة وتتبدل وتتطور بحسب تبدل تلك الاعراف وتطور الظروف مع المحافظة على الفكرة الاساسية فيها وهي العدل والانصاف .

وهذه هي الشريعة الاسلامية التي جاءت بعد سوابقها دعوة للبشر كافة حينما وصل التطور والاستعداد الفكري عند البشر الى درجة كافية لتلقي مثل هذه الاحكام النهائية في صورة مبادىء وقواعد كلية ثابتة ، وتركت الى جانب تلك المبادىء والكليات مجالا واسعا للاجتهاد في التفصيل ، ونصيبا كبيرا للعقل في التطبيق ؛ وقرنت الاحكام بعللها وأسبابها كي يفهمها المكلفون ويتمكنوا من القياس عليها بعقولهم ، وفقا لمقاصد الشريعة في العدل والاحسان ، وجلب المصالح ودرء المفاسد .

- ٣ -

الاطار العام للشريعة الاسلامية ، او نظام الاسلام

٧/١ ـ الشريعة الاسلامية هي مجموعة الاوامر والاحكام الاعتقادية والعملية التي يوجب الاسلام تطبيقها لتحقيق أهدافه الاصلاحية في المجتمع .

فللاسلام ثلاثة أهداف اصلاحية اساسية مرتبة ، كل منها نتيجة لما قبله وأساس لما بعده ، وهي :

١ ـ تحرير العقل البشري من رق التقليد والخرافات ، وذلك عن طريق العقيدة والايمان بالله وحـده ، وتوجيه العقل نحو الدليل والبرهان والتفكير العلمي الحر • ولذا كافح الاسلام الوثنية في شتى صورها لانها انحطاط في العقل وعماوة في البصيرة •

٢ ـ اصلاح الفرد نفسياً وخلقياً ، وتوجيهه نحو الخير والاحسان والواجب كي لاتطغى شهواته ومطامعه على عقله وواجباته • وذلك بممارسة الفرد للعبادة المشـروعة التي تذكره بخالقه ، وبعقيدة الثواب والعقاب في الآخرة لكي يكون المؤمن في مراقبـة دائمة لاعماله ، حريصا عـلى عدم التقصير في واجباته •

٣ ـ اصـلاح المجتمع أي الحيـاة الاجتماعيـة بصورة يسـود فيهـا الامن العام ، والعدل بين الناس ، وصيـانة الحريات المعقولة ، والكرامـة الانسانية •

ولتحقيق هذا الهدف الاجتماعي الاخير جاء الاسـلام بنظام مـدني يتضمن تشـريعا شاملا جميـع الاسس القانونيـة اللازمة لاقامـة حياة اجتماعية في دولة ، وتنظيـم علائق الناس بعضهـم مـع بعض ، وعلائقهم بالسلطة الحاكمة ، وصيانة الحقوق الخاصة للافراد ، والحقوق العامـة للجماعة •

من هذه الاهداف الثلاثة في الاسلام يتحدد معنى الشريعة الاسلامية ويتضح أنها تقوم عـلى ثلاث دعائم : عقيدة عقلية ، وعبـادة روحيـة ، ونظام قانوني قضائي • وهـذا هو المعنى المراد عندما يقال : ان الاسـلام دين ودولة •

هذا ويجب التفريق بين النظام والتطبيق ؟ اذ لا ينكر انه في الواقـع

العملي والتاريخي كثيرا ما يسياء فهم الحقيقة الاسلامية في بعض هـــذه النواحي الثلاث ، أو يساء تطبيقها ، فتظهر صورة مشوهة •

ان هذه الناحية الثالثة ، وهي النظام القانوني من الشريعة الاسلامية ، هي وحـدها المقصودة ببحثنا هنـا في هـذه السلسلة الفقهيـة ، سلسـلة (**الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد**) •

النظام القــانوني

في الشـــريعة الاســـلامية

٨/١ ـ ان النظـام القانوني في الشريعـة تضمن قواعـد واحكامـا أساسـية في كلا الميـدانين : ميـدان الحقوق الخاصـة بفرعيها المـدني والجزائي ، وميدان الحقـوق العامـة بفرعيها الداخلي والخارجي ، أي الدستوري ، والاداري ، والمالي ، والدولي •

وفي جميع هذه الزمر قد أتت نصوص الشريعة الاسلامية الاصلية في القرآن والسنة النبوية بمبادىء أساسية ، وتركت التفصيلات للاجتهاد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية والامكانيات المكانية ، الا قليلا من الاحكام تناولتها بالتفصيل كأحكام الميراث وبعض العقوبات •

وحول تلك المبادىء القانونية في ميادينها المختلفة ، ونتيجة للتطبيق في البلاد الاسلامية التي واجـه فيها المسلمون آثار مدنيـات قديمـة ، ونتيجة لتطور الظروف الاقتصادية المختلفة ، نشأ فقه تفسـيري وتفصيلي عظيم حول النصوص الاصليـة في الشـريعة باجتهاد الفقهاء الشـراح ، والقضـاة الحاكمين ، وكان هـذا الفقه الاسـلامي أعظم وأوسـع فقـه

قانوني عرف الى اليوم في تاريخ الشرائع . وقد نشأت فيه مذاهب فقهية قانونية كثيرة ، أشهرها المذاهب الاربعة الحية الى اليوم وهي الحنفي والمالكي والشافعي والحبلي . فالاختلاف بين هذه المذاهب ليس اختلافا دينيا بل هو اختلاف قانوني قضائي نشأ منه ثروة تشريعية عظمى في نظريات الفقه الاسلامي .

- ١ -

أهم المبادىء الاساسية

في هذا النظام القانوني من الشريعة الاسلامية

أولا - قسم الحقوق الخاصة

(أ) - في حقوق الاسرة (الاحوال الشخصية)

١/٩ أتت الشريعة الاسلامية في القسم القانوني منها بنظام شامل لتنظيم جميع أوضاع الأسرة وعلائقها المسماة اليوم بالاحوال الشخصية : Statuts personnels. فبدأت أولا بانقاذ المرأة من الوضع المهضوم الذي كانت عليه في اسرتها ، اذ كانت المرأة لاتتمتع بحق الحياة فضلا عن غيره من الحقوق . فحرم القرآن قتل البنات المعتاد في جاهلية العرب ، وندد القرآن به أشدَّ تنديد . وهذا ، كما يقول الاستاذ مونته Montet عميد جامعة جنيف في مقدمة ترجمته للقرآن ، « كاف لأن يضمن لمحمد اسما لا ينسى بين المصلحين بالنسبة الى عصره » .

ولم تكتف الشريعة بهذا المقدار ، بل اعتبرت للمرأة جميع الأهليات

الحقوقية التي للرجل ، فقررت لها حق الأرث الذي كانت محرومة منه ، كما قررت لها الحرية في الزواج واختيار الزوج ، وأهليـة الوصاية عـلى أولادها أو غيرهم ، وحق ادارة أموالهـا واستثمارها وسـائر التصرفـات دون أي سيطرة عليها في شيء من ذلك للرجل من قريب أو زوج •

وقد احتفظت الشريعة للرجل بالسلطة العليا في تدبير شؤون الأسرة لأنه أقدر على ذلك دون مساس بالحقوق الخاصة للزوجة •

ثم ان الشريعة نظمت سائر حقوق الاسرة تنظيما جديدا دون تقيـد بشيء من الحقوق العرفية التي كانت عليها الاسـرة قبل الاسـلام • وشمل هذا التنظيم حقوق الاسرة بمراحلها الطبيعية الثلاث :

١ ـ الزواج وانحلاله ونتائجهما الواسعة النطاق •

٢ ـ الولاية والوصـاية على القاصرين بسبب الصغـر أو الخلل العقلي •

٣ ـ المـيراث •

وسنشير بايجاز الى بعض الملاحظات والاسس الهامة في كل من هذه الاحوال الثلاث •

ونشير الآن سلفا الى أن الشـريعة الاسلاميـة تحتفظ لرعايا الدولة الاسـلامية من غـير المسلمين بأن يطبقوا فيما بينهـم أحكـام ديانتهـم في أحوالهم الشخصية نظرا لاتصـال هـذه الاحـوال بالديـانة التي تصـون الشريعة لكل طائفة حريتها فيها •

١ ـ في الزواج وانحلاله وآثارهما

أ ـ انعقاد الزواج :

١/١٠ ـ جعلت الشريعة الزواج عقداً مدنياً محضاً كسائر العقود ، فينعقد ويتم وينتج جميع نتائجه بمجرد اتفاق الارادتين بمحضر شاهدين دون توقف على مداخلة مرجع ديني ، لأنه لا يوجد في الاسلام طبقة رجال دين لهم سلطة دينية ليست لغيرهم • ففي شريعة الاسلام لا وساطة لأحد به الله والناس • حتى ان النبي نفسه وهو الذي جاء بالشريعة تنحصر مهمته الدينية في التبليغ ، وسلطته الزمنية في التطبيق ، كما يقول القرآن له : « انما عليك البلاغ » ، « انما أنت منذر ولكل قوم هاد » •

فليس للنبي نفسه سلطة دينية يحكم فيها بمصير شخص عند ربه • بل كل شخص يُدخله في الدين ايمانه ، ويُخرجه جحوده • والنبي عليه السلام يقول لابنته : « يا فاطمة بنت محمد لا أغني عنك من الله شيئا » • ففي الاسلام انما يميز بين الناس في النظر الديني بميزة العلم والعمل • فالأعلم بأحكام الشريعة (وهي أحكام مقررة مكتوبة معلنة غير سرية) أياً كان الشخص الاعلم بها هو أحق بالتكلم فيها ، ورأيه خاضع للنقد والوزن بميزان النصوص الشرعية الثابتة •

ففي ظل هذا الوضع لايُتصوَّر أن يكون الزواج في الاسلام دينياً بالمعنى المعروف للزواج الديني اليوم (وهو توقف انعقاده ونتائجه في نظر الديانة على مداخلة أحد من أصحاب السلطة الدينية في اجراءاته) وبذلك تكون الشريعة الاسلامية أول مؤسس للزواج المدني الذي اخذت به جميع الدول ذات الشرائع الوضعية العلمانية الحديثة •

ب ـ القرابة المانعة للزواج :

١/١١ ـ أما القرابة المانعة للزواج فبالنسبة الى أقارب الشخص نفسه يمتنع زواجه بأحد أصوله أو فروعه أو فروع أبويه (أي الاخوة وأولادهم) مطلقا ، وبالطبقة الاولى من فرع أجداده • فبنت العم وبنت الخال يجوز تزوجهما •

وبالنسبة الى أقارب أحد الزوجين يمتنع على كل منهما التزوج بأحد أصول الآخر أو فروعه •

وهنا تأتي مسألة تعدد الزوجات • وهي مسألة معقدة الارتباطات والاعتبارات • وقد اختار الشرع الاسلامي فيها موقفا وسطا بين الاباحة المطلقة والمنع المطلق ، فأباحه ضمن حدود وشرائط ناظراً الى الامر الواقع والحقائق الاجتماعية والضرورات الملجئة المتوقعة •

ج ـ نتائج الزواج :

١/١٢ ـ ينتج الزواج في الشريعة وجائب مالية وغير مالية :

١ ـ فمن حيث الوجيبة المالية يكلف الرجل بنفقة الزوجة والاولاد بالقدر المتعارف في مستوى معيشة أمثال الزوج • ولا ينتج الزواج أي وجيبة مالية على الزوجة ، كي تتفرغ لادارة المنزل وتدبير الحياة الداخلية وتربية الاولاد •

٢ ـ ومن الناحية غير المالية توجب الشريعة على المرأة طاعة الرجل ضمن الحدود الشرعية ، كما توجب عليها متابعته والسكنى معه • وتوجب الشريعة على كل منهما معاشرة الآخر بالحسنى والمودة • أما نسب الاولاد فكما يترتب على الزواج الصحيح يثبت أيضا في الزواج غير

الصحيح صيانة لحق الاولاد • وقد منعت الشريعة البنوة الوهمية بطريق التبني : Adoption وحصرت البنوة وحقوقها بطريق التناسل الحقيقي •

د ـ انحلال الزواج :

١/١٣ ـ سوغت الشريعة انحلال الزواج بين الزوجين بالطلاق اجتنابا لمحاذير الزامهما باستمرار الزوجية عند التنافر • ولكن الشريعة حفت الطلاق بالزواجر الدينية لاجل عدم استعماله الا عند الضرورة الموجبة • وقد وصف النبي (ص) الطلاق بأنه « أبغض الحلال الى الله » ، كما وصف الزواج بأنه « أحب الحلال الى الله » •

وقد جعلت الشريعة الطلاق مبدئياً بيد الرجل لانه بذلك يكون أقل ممارسة من جعله بيد كل منهما ، ولا سيما أن الزواج في الاسلام يكلف الرجل مالا يدفعه للمرأة يسمى : مَهْراً • ولكن الشريعة فسحت للمرأة مجالاً للتخلص من الزوجية بطريق القضاء في حالات عديدة ، منها ما اذا أساء الرجل معاملتها •

هـ ـ نتائج انحلال الزواج :

١/١٤ ـ رتبت الشريعة على انحلال الزواج بالموت أو بالطلاق تربص مدة معينة لا يجوز خلالها للمرأة أن تتزوج ، كي يتحقق فراغها من الحمل ، منعاً لاختلاط الانساب وضياعها • وهذه المدة تسمى : العِدّة وهي في حال الطلاق لها ارتباط بالحيض ولا تتجاوز عادة ثلاثة أشهر • وفي حال وفاة الزوج أربعة أشهر وعشرة أيام • فاذا ظهر حمل لدى المرأة لا يجوز زواجها الا بعد أن تضع حملها •

٢ ـ الولايـة والوصايـة

١/١٥ ـ ميزت الشريعة بين الولاية والوصاية . فالولاية سلطة على شخص القاصر لتنشئته وتطبيبه وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه . وهذه قررت لها الشريعة نظاما خاصا يرجح فيه للولايةالاقرب فالاقرب الى القاصر بشرط أن يكون الولي ذا أهلية ، وحَسَنَ التصرف . فالاب يقدم على الجد والاخ يقدم على العم وهكذا ...

أما الوصاية فهي سلطة ادارية على مال القاصر لحفظه وادارته واستثماره . وهذه يرجح فيها أولا من يختاره الاب قبل وفاته وصيا على أولاده . ثم الجد ومن يختاره قبل وفاته كذلك فان مات الاب دون أن يوصي الى أحد يعود للقاضي حق نصب وصي على القاصرين . وللاوصياء صلاحيات ومسؤوليات شرعية مفصلة . والوصي مسؤول أمام القضاء عن كل تقصير أو خيانة .

وفي أواخر العهد العثماني قيدت صلاحيات الاوصياء بنظام خاص وربطوا بمجلس يؤلف برئاسة القاضي الشرعي لما كثرت حوادث قلة الامانة . وهو تدبير توجبه الشريعة بحسب مقتضى الحال ويدخل في سلطة ولي الامر وفقا لقاعدة المصالح المرسلة .

٣ ـ الميراث

١/١٦ ـ أقرت الشريعة الميراث بين الزوجين وبين الاقارب بقواعد وإحكام جديدة تماما بالنسبة الى جميع الاعراف والشرائع وبنته على الاسس التالية :

١ ـ الارث جبري بحكم الشرع لا بارادة المورث . فليس للمورث

حرمان وارثــه الشــرعي من حق الارث ، وان كان يستطيع في حيــاته أن يتصرف بجميع ماله • حتى ان الزوج اذا طلق زوجته في مرض موته دون رضاها اعتبر ذلك منه اساءة لاستعمال حق الطلاق ، ودليــلا عــلى قصد التهرب من ارثها ، فيثبت لها حق الارث شرعا •

واذا كان الارث جبريا فليس معنى ذلك ان الوارث يتحمل ديون المورث كما في بعض الشرائع الحديثة اليوم • فالارث في الاســلام شرع نعمة للوارث لا نقمة عليه ، ولكن ديون المورث تتعلق بتركته وتستوفى منها قبل الارث • فــاذا زاد شيء تنفذ وصــايا الميت من ثلث الباقي بعــد الدين ، ويوزع الثلثان ارثا • فان اوصى المورث بأكثــر من الثلث توقف تنفيذ الزائد على رضى الورثة •

٢ ـ وزعت الشــريعة الارث بين الاقارب بنظام خاص روعي فيــه الاقربيــة الى الميت • فتارة يُحجب الابعد بالاقرب ؛ وتــارة يشتركان ويكون للاقرب القسط الاكبر ، وذلك بحسب درجــة القرب والبعــد • ويُحسب للحمل حساب عنــد وفاة مورثه فيوقف لــه نصيب يأخذه ان ولد حيــاً •

٣ ـ ليس للولد الاكبر امتياز في الارث أو تقدم عــلى أخيــه الاصغر خلافا لبعض الشرائع الاوربية التي لاتزال الى اليوم آخذة في الارث بقاعدة تقديم الولد الاكبر التي تسمى : Droit d'ainé

٤ ـ للبنت نصف حصة أخيها الذكر •

وهذه المسألة كثيرا ما يساء فهمها ، وتُظن غبناً للانثى في الشــريعة ؛ ولكنها في الحقيقة مرتبطة بنظام التكليف المالي في الاسرة • فالشــريعة الاسلامية تكلف الرجــل بنفقة زوجتــه وأولاده • فالبنت قبل الــزواج

تكون نفقتها على الاقرب من رجال أسرتها ، وبعد الزواج نفقتها على الزوج ، ولا تكلف الزوجة شيئا من نفقة أولادها ، فاذا أخذت في الارث نصف ما يأخذ اخوها المكلف بنفقة نفسه وزوجته وأولاده وبنفقة أخته أيضا اذا تأيمت ترجع الاخت عدئذ أوفر حظا منه في الميراث •

ويلحظ في هذا المقام أن تفاصيل أحكام الاحوال الشخصية التي عرضنا هنا أهم النقاط الاساسية منها يوجد في الاجتهادات الاسلامية ومذاهبها اختلافات في تفاريع جوهرية منها • ويوجد في كل من المذاهب الفقهية أحكام ونظريات في بعض التفرعات أفضل من غيره وأصلح نتيجة في التطبيق ، كحق انهاء الزواج قضائيا بطلب المرأة اذا أساء الرجل عشرتها في الاجتهاد المالكي ، وكون الطلاق في أغلب الاحيان قابلا لأن يرجع فيه الرجل خلال عدة المرأة في الاجتهاد الشافعي •

(ب) ـ في الحقوق المدنية

١ ـ في الالتزامات :

١٧/١ ـ اعتبرت الشريعة الاسلامية كل فعل ضار للغير موجباً مسؤولية الفاعل أو المتسبب والتزامه بالتعويض عن الضرر ولو كان عن خطأ • فان كان عن عمد يوجب أيضا عقوبة الفاعل • وهذا المبدأ تضمنه الحديث النبوي القائل : « لا ضرر ولا ضرار » • وهذا غير ما توجبه الشريعة من التزامات أخرى مصدرها العقد أو الارادة المنفردة أو ارادة الشارع كنفقة الاقارب ، وكالوقف •

وقد اعتبرت جميع الالتزامات مضمونة بتأييد القضاء • فللقاضي سلطة واسعة لا حدود لها في اجبار كل إنسان على تنفيذ التزامه ولو كان هو الخليفة • وحوادث قضاء القضاة على الخلفاء والملوك معروفة كثيرة في التاريخ الاسلامي •

٢ ـ في العقود :

أقرت الشريعة الاسلامية في العقود الاسس التالية :

أ ـ العقد المشروع ملزم لعاقده دون غيره كما أن اقرار الشخص لا يسري الا على نفسه وحقوقه • والتزام العاقد ينتقل الى من يخلفه كالوارث أو الموصى له • وهذا المبدأ تضمنته الآية القرآنية في أول سورة المائدة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » •

ب ـ الشروط العقدية حرة وملزمة للعاقدين الا ما يخالف النظام العام والآداب ، وهذا المبدأ تضمنه الحديث النبوي: « المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما أو حرم حلالا » •

ج ـ العقود كلها رضائية • أي انها تنعقد بالتراضي الحر بمجرد الاتفاق بين الطرفين دون اشتراط شيء من المراسم الشكلية • حتى ان عقد الزواج يكفي لانعقاده مجرد تراضي الرجل والمرأة بايجاب وقبول بحضور شاهدين ؛ بينما كانت العقود كافة لدى الرومان وبعضها لدى العرب عقوداً شكلية خاضعة لمراسم وحركات غريبة يجب أن يجريها العاقدان ولا يكفي فيها مجرد التراضي • واستمرت آثار شكلية العقود وراثة عن الرومان في الحقوق الاوربية الى أواخر القرن الثامن عشر حيث تقررت اذ ذاك فقط رضائية العقود في القوانين الحديثة •

د ـ اوجبت الشريعة في انشاء العقود وتنفيذها حسن النية La bonne foi وجعلت كل غش او تدليس او تغرير من أحد العاقدين موجبا خيار الآخر ومسوغا له فسخ العقد لاخلاله بالتراضي •

هـ ـ اعتبرت العرف والعادة أساسا لتحديد حدود الالتزامات والحقوق العقدية في كل ما سكت عنه نص العقد : فطريقة استعمال

المأجور مثلا ، وكيفية دفع الاجرة يتبع فيه عرف الناس •

وللعرف اعتبار قضائي واسع المدى في كل موضوع ما لم يصادم نصا شرعيا خاصا في موضوعه ، كالتعارف على الالتزام بدين القمار فانه لا عبرة له •

(ج) ـ في الحقوق الجنائية :

١٨/١ ـ اقامت الشريعة نظام العقوبات على أساسين :

١ ـ كل فعل ممنوع يعتبر جريمة ، وكل جريمة واجبة العقاب بصورة عادلة تتناسب مع الفعل وتكفي لتحقيق الامن الداخلي وتأديب الفاعل ، ولو لم يحدد الشرع سلفا عقوبة معينة لذلك الفعل •

٢ ـ تركت الشريعة عقوبات معظم الجرائم (سوى خمس منها) دون تحديد ، لان العقوبات فيها يجب أن تختلف باختلاف الظروف • فللسلطة الحاكمة تقنين العقوبات على هذا الاساس ، وللقاضي عند عدم التقنين ان يقدر العقوبة بحسب الظروف الزمانية والمكانية والشخصية • وهذه العقوبات التي لم تحددها الشريعة بل تركتها مفوضة للحكام تسمى : التعزير •

وقد خصصت الشريعة العدوان على النفس بعقوبة المماثلة المسماة بالقصاص ، فأوجبت قتل القاتل المتعمد اذا أصر خلفاء المقتول على طلب القصاص • فاذا عفوا تبدل القصاص الى عقوبة تعزير يفوض تقديرها الى الحكام ، حفظا للحق العام في التأديب والزجر •

ثانيا ـ قسم الحقوق العامة

(أ) ـ في الحقوق الداخلية

١ ـ في الناحية الدستورية :

١٩/١ ـ أقرت الشريعة هنا ثلاثة مبادىء أساسية :

المبدأ الاول ـ الحرية التامة للناس دون اخلال بالنظام العام والآداب العامة ، ودون تجاوز على حدود حرية الغير .

المبدأ الثاني ـ المساواة أمام القانون في جميع الحقوق ، فلا امتياز لنسب أو لطبقة من الناس ، خلافا لما كانت عليه حال العرب والرومان والفرس . وقد جاء في القرآن الكريم « ان اكرمكم عند الله اتقاكم » أي احسنكم عملا وامتثالا لاوامر الشريعة . وجاء في الحديث النبوي « لا فضل لعربي على عجمي ولا لأبيض على أسود الا بالتقوى » .

ومن تطبيقات هذين المبدأين في التاريخ الاسلامي الاول حادثة الخليفة الثاني عمر بن الخطاب الذي عاقب ابن امير مصر وفاتحها عقوبة شديدة لانه تجاوز على حرية نصراني مصري (قبطي) في سباق الخيل لما سبقه القبطي فضربه ابن الامير قائلا : ما كان لك ان تسبق ابن الاكرمين . وهي حادثة معروفة . وقد قال الخليفة عمر للامير وابنه بعد العقوبة كلمته المشهورة « منذ كم استعبدتم الناس وقد ولدتهم امهاتهم أحرارا ؟! » .

وهنا تأتي قضية الرق . فالاسلام أتى بتحسين حال الارقاء ونظم لهم حقوقا قانونية مضمونة بالقضاء ، وأوصى بهم واعتبرهم بمقتضى العقيدة الاسلامية (اخوانا) لمواليهم ، واعتبر اعتاق الرقيق عبادة من

أعظم العبـادات ثوابا عند الله ، وأوجب هـذا الاعتاق ايجابا في كثير من الاحـوال والحـوادث • والغى جميـع منابع الاسترقاق المألوفـة اذ ذاك عند العرب والرومان وغيرهم سـوى الحرب المشروعة فقط • ولكنه لم يلغ الاسترقاق بتاتا اذ ذاك لان الامم المحيطة بالمسلمين كلها متمسكة به وتسترق من يقع في ايديهـا من المسلمين • فأبقى الاسلام على الاسترقاق موقتا بنتيجة الحرب المشروعة على طريقة المقابلة بالمثل ، وهي مبدأ مقرر الى اليوم في الحقوق الدولية ، ولكن الشريعة مهدت لالغاء الرق بجعله مفوضا الى الامام (السلطة الحاكمة العليا) عندما تستعد الامم لقبول الغائه فلا تبقى حاجة للمقابلة بالمثل •

هذا مع ملاحظة ان جميع الشرائع الاخرى من دينية أو وضعية لم تأت منها واحدة بالدعوة الى الغـاء الرق ولا الى تحسين وضـع الارقاء ، بل ولا مهدت لالغائه ذلك التمهيـد الذي اسسه الاسلام ، بل استمر الرق في جميـع العـالم غير الاسـلامي على قسوته حتى القـرن التاسـع عشر الميـلادي •

المبـدأ الثالث ـ الحكم في دولـة الاسـلام يجب أن يقـوم عـلى أساس الشورى وهـذا مبدأ تضمنه القـرآن وطبقه الرسول طوال حياته مع أصحابه ، فلا يجوز ان يكون الحكم استبداديـا • ولكن الاسـلام لم يحدد طريقة تحقيق الشورى لان ذلك يختلف بحسب الامكانيات الزمانية والمكانية وما يحدث من اساليب جـديدة مفيدة • فيمكن تأسيس طريقـة الحكم بحسب دواعي المصلحـة اما عـلى نظام الملكيـة الدستورية ، أو النظام الجمهوري ، او النظام البرلماني او الرئاسي ، او غـير ذلـك من الاساليب ضمن حـدود المبـدأ العام وهو ارادة الامة والشـورى • ومن ينتخب لممارسة السلطة العليـا يعتبر ممثلا للدولة الاسـلامية في كل شيء باعتبار ان الدولـة بمجموعهـا شخص اعتبـاري Personnalité morale

وتصرفه نافذ عليها في حدود الشريعة •

والشريعة تتنافى تماماً مع مبدأ وراثة الحكم ، بل على الامة أن تختار دائماً الاكثر كفاءة للسلطة العليا • وقد بين الرسول لاصحابه ان فساد نظام الحكم في الدولة الاسلامية يكون عندما يتحول عن طريقة الخلافة والشورى فيصبح « مُلكاً عَضُوضاً » أي يعض على الامة عضا وينفرض عليها فرضاً •

٢ ـ في الناحية الادارية :

٢٠/١ ـ قررت الشريعة لممثل السلطة العليا (الامام) في الدولة صلاحيات ادارية تنفيذية غير محدودة • ففي يده تتمركز جميع السلطات التنفيذية ، ومن جملتها سلطة اصدار الاوامر الزمنية (الانظمة) التي لها اليوم في عرف الدول صفة تشريعية • ولكن الشريعة تمنح الامام هذه السلطة التنظيمية باعتبار انها في الحقيقة تطبيق للنصوص الشرعية العامة المقررة سابقاً في الشريعة ، وتنفيذ لمقاصدها العامة في تنظيم مصالح الامة بحسب مقتضيات الاحوال •

على ان هذا لا ينافي امكان فصل السلطات وجعل حق اصدار الانظمة الزمنية في يد سلطة خاصة انتخابية كالبرلمانات اليوم اذا رأت الامة مصلحتها في ذلك ، اذ الاصل في النظام القانوني من الشريعة هو رعاية المصلحة العامة ، والتحول معها •

وقد أوجبت الشريعة على كل من يتولى الحكم ان يكون تصرفه على الرعية قائماً على رعاية الاصلح لها بنتيجة مبدأ الشورى الواجبة • وقرر الرسول في احاديثه الثابتة أن الامام (الحاكم Gouverneur) كالراعي وهو مسؤول أمام الله والامة عن التدابير الاصلح للرعية ،

وأن الرعية (المحكوم Gouverné) مسؤول كذلك عن الطاعة .
وهذا هو الاساس في جميع شؤون الادارة والحكم : في فرض الضرائب وجبايتها ، وتأسيس الخدمات العامة بمختلف أنواعها ، والاستملاك الجبري للمنفعة العامة وغير ذلك .

وكما اوجبت الشريعة على الرعية الطاعة ايقظت فيهم الى جانبها الشعور بالمسؤولية عن انحراف الحكام ولزوم مراقبتهم ، فقرر الرسول صلى الله عليه وسلم انه : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » .
واستناداً الى هذا المبدأ والنصوص الشرعية فيه قال الخليفة الأول أبو بكر في أول خطبة له : « أن أحسنت فأعينوني ، وان أسأت فقوموني » .

٣ ـ في الناحية المالية العامة :

٢١/١ ـ جاءت الشريعة ـ على خلاف ما كان سائداً حين ظهورها ـ بمبدأ فصل بيت المال (خزينة الدولة) عن ملك الحاكم الاعلى . فمال الخزينة العامة هو من الامة واليها ، مرصود لمصالحها ، والامام أمين مسؤول عن طريقة جمعه وصرفه في تلك المصالح العامة وادارتها ، وليس له فيه حق الا مرتبه المقرر لمعيشته بصورة معتدلة .

وقد حاسب الخليفة الثاني عمر أحد الولاة لما رأى لديه آثار ثروة جديدة وقضى عليه بمصادرة الزائد عما كان لديه حين توليته مما لم يثبت له مصدر جديد مشروع . ولما قال له الوالي : « اني تاجرت فربحت » ، أجابه عمر بقوله « انا والله ما أرسلناك للتجارة » .

(ب) ـ في الحقوق الخارجية (الدولية)

١/٢٢ ـ أقرت الشريعة في هذه الناحية المبادىء التالية :

١ ـ الشعوب جمعياً متساوية في الحقوق الانسانية (خلافاً لنظرية الشعب المختار) الموجودة لدى بعض الديانات والامم •

٢ ـ المعاملة بين الدولة الاسلامية وغيرها يجب ان تقوم على أسس العدالة في السلم والحرب ، ففي السلم تحترم جميع الحقوق المكتسبة للدول ورعاياها • رفي الحرب لا يجوز تجاوز الحد الذي يندفع به شر العدو • فلا يجوز التمثيل بالقتلى (أي تشويههم) ولا تعذيب الاسرى ، ولا القتل التدريجي بقطع الاعضاء ، ولا اتلاف الشجر المثمر الا لضرورة حربية ، ولا قتل الحيوان الا للأكل أو لضرورة حربية ، ولا ايذاء المعتكفين من رجال الدين في المعابد والصوامع ، ولا ايذاء العاجزين عن حمل السلاح من نساء واطفال وشيوخ مسنين ومرضى •

واساس كل ذلك قول القرآن العظيم (في سورة الاسراء) : « ولقد كرمنا بني آدم ••• وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا » • فالانسان في نظرية الاسلام محترم لانسانيته والحرب مشروعة لدفع الاذى لا للاذى ، وفقاً لقاعدة الضرورة • وان الضرورة تقدر بقدرها •

وقد تضمنت وصية الخليفة الاول أبي بكر في تجهيز جيش أسامة أموراً عظيمة جامعة في هذا الموضوع •

٣ ـ المعاهدات محترمة بين الدول الاسلامية وغيرها وملزمة كالعقود بين الافراد ، وواجبة الوفاء والتنفيذ بحسن نية • وقد عقد الرسول وخلفاؤه معاهدات كثيرة نفذت بمنتهى حسن النية من الجانب الاسلامي ، الا عند اخلال الجانب الآخر •

٤ ـ لاتجوز المحاربة دون انذار • وحادثة الخليفة الاموي عمر ابن عبد العزيز مع وفد سمرقند معروفة ، اذ جاء الوفد مشتكياً على قائد الجيش الاسلامي فعين لهم الخليفة قاضياً حاكَمَ القائدَ معهم ، وقضى في النتيجة بخروج الجيش الاسلامي من سمرقند • (انظر تاريخ البلاذري في بحث فتح سمرقند ص/٤٢٨) •

٥ ـ المعاملة بالمثل جائزة الا فيما يخالف المبادىء الاسلامية • وعلى هذا الاساس أفتى الامام الاوزاعي (أحد كبار فقهاء الشريعة في القرن الثاني للهجرة) بعدم جواز قتل الرهائن المأخوذة من رجال الروم ضماناً لتنفيذ معاهدة بينهم وبين المسلمين عندما غدر الروم وخرقوا المعاهدة المعقودة • ومستند الاوزاعي في فتواه هذه هي الآية القرآنية التي تمنع مؤاخذة شخص بجريمة غيره : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » •

وقد نشأ حول تلك الأسس في قسم الحقوق الخارجية من الشريعة الاسلامية فقه تفصيلي واسع مبسوط في أبوابه الخاصة من كتب الفقه •

- ٢ -

المشكلات العصرية التي تواجهها الشريعة الاسلامية اليوم :

١/٢٣ ـ ان فريقا من الناشئة الاسلامية التي نشأت في جو ثقافي لايتيح لها أن تعرف الحقائق والقابليات الواسعة في النظام القانوني من الشريعة يرون عدم امكان تطبيق الشريعة الاسلامية في العصر الحاضر ، لأن هناك مشكلات زمنية تعترض سبيل هذا التطبيق ولا تتسع الشريعة لحلها في نظرهم •

وسنعرض هنا نقاطا موجزة لهذه المشكلات والجواب عنها •

١/٢٤ ـ المشكلة الاولى :

الصفة الدينية في الشريعة الاسلامية :

يتوهم فريق من علماء القانون الاجنبي (وانتقل هذا الوهم عنهم الى كثير من المسلمين) ان الشريعة الاسلامية احكام دينية ثابتة فهي اذن لا تقبل التطور المطلوب في القوانين الحديثة بحسب الاوضاع الزمنية والاقتصادية ، وهذا الوهم منشؤه عدم معرفة معنى الصفة الدينية في النظام القانوني من الشريعة • فان القسم المدني منها (كما تبين من موجز المبادىء التي عرضناها) انما تضمنت نصوصه الشرعية الاصلية في القرآن والحديث النبوي قواعد ومبادىء حقوقية ذات قيم عالية ثابتة كمبدأ الرضائية وحسن النية في العقود ومبدأ المسؤولية عن الضرر وتعويضه ، الى غير ذلك مما تتبناه الشرائع الوضعية الحديثة اليوم •

فالصفة الدينية هي أن العقيدة الاسلامية توجب على المؤمنين احترام جميع الاحكام الفقهية التطبيقية التي تُفرع على تلك المبادىء فيؤدوا الحقوق التي توجبها ولو كانوا بعيدين عن متناول القضاء لأن اقامة العدل والمصالح من امر الله بقول القرآن : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » • ويشمل هذا الاحترم الانظمة الزمنية الموقوتة المتبدلة التي يعود لولي الامر القائم بالسلطة العليا حق اصدارها شرعا بمقتضى قاعدة المصالح المرسلة التي سبقت الاشارة اليها • حتى ان فقهاءنا في المذهب الحنفي صرحوا بأنه اذا دعت الحاجة العامة والظروف الطارئة من اقتصادية أو غيرها الى أن يأمر السلطان الناس بصيام يوم مثلا فأمرهم وجب عليهم الصيام ديانة كصيام رمضان ما دام ذلك تنظيما

لمصلحة فوّضه الشـرع بتنظيمها • فالصفة الدينيـة في الفقـه الاسـلامي لا تنافي انه مؤسس على قواعد مدنية بحتـة منتجة لفقـه متطور كفيل بوفاء الحاجات العصرية وحل المشـكلات النابتة في الطريق ، بل هـذه الصفة الدينية دعامة وضمانة لاحترام المؤمنين الاحكام التشريعية كي لايستبيحوا ما ليس لهم من حقوق الافراد أو حقوق الدولة متى فقدت وسائل الاثبات أو كانـوا في مأمن من طائلـة القضـاء • فالصفـة الدينيـة في الفقـه الاسلامي مزية فيـه لا عيب • والاحترام الناشىء عنهـا للاحكام التشريعية تتمناه اليـوم القوانين الوضعية المحضـة فلا تجده لأنفسها لأنه لا يأتي الا من طريق العقيدة •

١/٢٥ المشكلة الثانية :

هي (في نظرهم) بعض العقوبـات المحـددة شرعـا (الحـدود) كعقوبـة الزاني بالجلد والسـارق بقطع اليـد • والجواب عن ذلـك ان الحدود في الشريعة ولا سيما حد الزنى مشروطـة بشـرائط ضيقـة جدا في اثباتها وتطبيقها تجعلها نادرة التطبيق فهي تسقط أو تتبدل الى عقـوبة تعزيز يقدرها القاضي بمجرد وجود شبهة لـدى المجرم لقول الرسـول (ادرؤوا الحدود بالشبهات) •

ومن جهة اخرى يوجد في الشريعة باب واسع هو قاعدة الضرورات وما تسوغه شرعا من تدابير استثنائية موقوتة تشمل تـرك الواجب وفعـل الممنوع عندما توجد ضرورات ملجئة •

وعقوبات الحدود على الجرائم الاجتماعية أربع فقط • اما ما سواها من عقوبات التعزير عـلى جميع اصناف الجرائـم فكله في نظـام الاسـلام مفوض الى الحكام بحسب مقتضيات الحال •

فاذا لوحظ ان تطبيق عقوبة الحدود الاربعة أصبح متعذراً في زمان أو مكان فمن الممكن تطبيق عقوبة اخرى ولا يوجب هـذا ترك الشريعة أجمع • على ان عقوبة السارق بقطع اليد لا ينبغي أن نتصور منها عدداً من الايدي مقطوعا بعدد السارقين الذين يلوعون المجتمعات البشرية اليوم باستمرار ، بل ان يدا واحدة تكفي لمنع آلاف • وان مجرد اعلان العزم فقط على تطبيق هذه العقوبة في المملكة العربية السعودية اغنى عن تطبيقها فعلا وانتج أمناً داخلياً مثالياً في العالم • ولزميلنا الدكتور صبحي المحمصاني ، وهو قاض جنائي في الاصل ، بحث قيم حول هذه العقوبة جلّى فيه حقائق في كتابه عن نظرية العقود والموجبات في الشريعة الاسلامية • وان يداً أثيمة تروع المجتمع والمتاجر والبيوت باستمرار السرقة والسلب عن غير حاجة دافعة ، ولا تردعها عن التكرار العقوبات المطبقة اليوم ، خير للمجتمع أن يخسرها ويطمئن على ما هو أثمن ، ويفرض أنها ذهبت في حادث سيارة مثلا !•

١/٢٦ ـ المشكلة الثالثة :

نظام الفائدة في المعاملات التجارية وأعمال المصارف • فالاسلام يحرم الربا تحريماً قطعياً ويحاربه دون هوادة • والمعاملات التجارية والمصرفية اليوم كلها تقوم على أساس الفائدة التي هي ربا جزئي تحدد نسبته القوانين • فتطبيق النظرية الاسلامية في تحريم الربا يتنافى تنافياً ظاهراً مع نظام الفائدة •.

والجواب : ان هذه المشكلة يمكن حلها في مبادىء الشريعة بطرق عديدة : اما بالاستناد الى قاعدة الضرورات أو الحاجات والتدابير الاستثنائية الموقوتة الى أن يقام في المجتمع الاسلامي نظام اقتصادي متجانس يغني الناس عن الالتجاء الى نظام الفائدة ، واما بالرجوع الى

تحديد الحالة الربوية التي كان عليها العرب وجاءت الشريعة بمنعها اذ كان المرابون يتحكمون كما يشاءون بالفقير المحتاج الى القرض لاقامة أود حياته • ومن هذه الدراسة وفي ضوئها يعرف عندئذ ما يجوز وما يمتنع شرعاً من الشؤون المصرفية واعمال المصارف • ولا ننسى أن تحريم الربا في الاسلام لا يمكن أن يجزم أحد بعدم صلاحه لحياة اقتصادية عصرية ، فاننا نرى الآن نظاماً اقتصادياً متطرفاً يهدد العالم أجمع بقوته وهو يقوم على منع الرأسمالية والربا !

٢٧/١ ـ المشكلة الرابعة :

ان بعض الاوضاع القانونية اليوم يقوم على أساس وجود أوضاع اقتصادية حديثة لم يكن لها نظير في الماضي الاقتصادي والفقهي في الحياة الاسلامية وذلك كالشركات القانونية المساهمة المغفلة اليوم Anonymes وعقود التأمين Assurance وما فيها من أحكام هامة نظمتها القوانين الى غير ذلك من الاوضاع الاخرى • والجواب على ذلك ان المبادىء الحقوقية في الفقه الاسلامي ذات سعة ومرونة وقابلية عجيبة للاستيعاب والتفريع • فالنصوص الاصلية لهذه الاحكام والمبادىء في القرآن والحديث النبوي يمكن حصرها في بضع عشرات من الصفحات وقد كانت صالحة وكافية لأن يتفرع عنها ويُستمد منها خلال العصور الاسلامية الاولى فقه عظيم كالبحر المحيط ، ومذاهب حقوقية اجتهادية ، ونظريات مهمة فيها تكونت منها مكتبة فقهية في الاسلام بلغت آلاف المجلدات ، وكل حكم فيها مقرون بدليله من تلك النصوص بطريق الشمول أو قياس الحوادث الجديدة على الحوادث التي تناولها النص ، أو بطريق الاستحسان أو الاستصلاح •

فكل الأوضاع الاقتصادية اليوم يمكن تخريج احكام جديدة لها

على أسس الفقه الاسلامي ونظرياته كما فعل الفقهاء السابقون • وتلك الاحكام الجديدة بعد تخريجها وبنائها على قواعد الفقه الاسلامي تلحق به وتصبح جزءاً منه ، وتصبح نظرياته مرجعاً للاجتهاد القضائي والتفسير القانوني فيها بالطريقة التي تضخم بها الفقه الاسلامي نفسه •

وأخيراً في مصر قام فريق من كبار القانونيين وفقهاء الشريعة عند وضع القانون المدني المصري الجديد الذي هو قانون أجنبي الاصول ، فدعوا الى استمداده من فقه الشريعة الاسلامية بمختلف مذهبها ، وصاغوا نظرية العقود الواردة فيه كلها صياغة جديدة تتضمن الاحكام القانونية نفسها مستمدة من مذاهب الفقه الاسلامي مع احالة كل مادة على المرجع الفقهي الذي استمدت منه ، فبرهنوا بذلك على امكان انشاء أحدث القوانين العصرية من الفقه الاسلامي •

الفصل الثاني

معنى الفقه ، وأقسام أحكامه

المعنى الاول للفقه ـ أقسام أحكامه ـ المعنى الثاني للفقه ـ الفقه الاسلامي نظام روحي ومدني ـ فكـرة الحلال والحـرام فيه ـ حكم القضـاء وحكم الديانة ٠

٢ ـ معنى الفقه الاسلامي :

للفقه الاسلامي معنيان :

أ ـ فالفقه بالمعنى الاول هـو : العلم بالاحكام الشرعية العمليـة مع أدلتها ، (المجلة/١) أي معرفة الانسان بها معرفـة تفصيليـة مستمدة من أدلتها ، فيكون الفقه صفة علمية للانسان يعتبر بها فقيهاً ٠

والمراد من (الاحكام) كل ما يصدره الشارع للنـاس من أوامـر ونظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية وعلاقاتهم بعضهم ببعض فيهـا ، وتحدد نتائج أعمالهم وتصرفاتهم ٠ وذلك مثل كون الغاصب ضامناً للمغصوب اذا هلك ؛ وكون الامين ـ كالوديع مثلا ـ لا يضمن الا اذا تعدى على الامانة أو قصر في حفظها ٠

والمراد من (الشرعية) المستفادة من أمر الشارع صراحة أو دلالة.

والتقييد بوصف (العملية) لاخراج المسائل الاعتقادية من أصول الايمان وفروعه فانها موضوع علم آخر .

ب ـ وكما أطلق الفقه أولا على المعرفة بالاحكام الشرعية ، أطلق أيضا بعد ذلك على تلك الاحكام نفسها . وهذا هو المراد في نحو قولك : درست الفقه الاسلامي .

وعلى هذا يعرف الفقه بأنه : مجموعة الاحكام العملية المشروعة في الاسلام .

وتعلم مشروعيتها بطريق النص الصريح في القرآن ، أو بيان الرسول صلى الله عليه وسلم وسننه ، أو بطريق اجماع علماء المسلمين ، أو باستنباط الفقهاء المجتهدين سابقاً ولاحقاً من دلائل نصوص القرآن ، والسنة النبوية، وقواعد الشريعة ومقاصدها .

٢/٢ ـ أقسام الاحكام الفقهية :

وهذه الاحكام الفقهية تنقسم الى سبع زمر :

١ ـ الاحكام المتعلقة بعبادة الله تعالى من صلاة وصيام وغيرهما ، وتسمى : العبادات .

٢ ـ الاحكام المتعلقة بالأسرة من نكاح وطلاق ونسب ونفقة الخ ... ، وتسمى بلغة اليوم : الاحوال الشخصية .

٣ ـ الاحكام المتعلقة بأفعال الناس وتعاملهم بعضهم مع بعض في الاموال والحقوق ، وفصل منازعاتهم ، وتسمى : المعاملات .

٤ ــ الاحكام المتعلقة بسلطان الحاكم على الرعية ، وبالحقوق والواجبات المتقابلة بينهما ، ويسميها بعض الفقهاء : الاحكام السلطانية ، وهي من قبيل ما يسمى : السياسة الشرعية .

وهذه الزمرة تؤلف نوعين متميزين من الحقوق في الاصطلاح القانوني الحديث : الحقوق الادارية ، والحقوق الدستورية .

٥ ــ الاحكام المتعلقة بعقاب المجرمين وضبط النظام الداخلي بين الناس ، وتسمى : العقوبات .

٦ ــ الاحكام التي تنظم علاقة الدولة الاسلامية بالدول الأخرى .

وتؤلف نظام السلم والحرب ، وتسمى : السير (بكسر ففتح) جمع سيره ، وتسمى في الاصطلاح القانوني : الحقوق الدولية .

٧ ــ الاحكام المتعلقة بالاخلاق والحشمة والمحاسن والمساوىء ، وتسمى : الآداب .

والقانون المدني يتكون عادة من أحكام الزمرتين الثانية والثالثة ولكن مجلة الاحكام الشرعية لدينا جاءت مقصورة على الزمرة الثالثة أي قسم المعاملات فقط .

٣ ــ مما تقدم يتضح أن الفقه الاسلامي هو نظام روحي ومدني معاً ، لأن الشرع الاسلامي جاء ناظماً لامور الدين والدنيا .

ومن هنا افترق الفقه الاسلامي حتى في القسم المدني منه ــ وهو المعاملات ــ عن القوانين المدنية الوضعية (أي التي ليس لها صفة دينية ، بل هي من وضع الامم لنفسها) :

ففي تلك القوانين الوضعية لا محل لفكرة الحلال والحرام ولا عبرة ببواطن الامور ، بل العبرة للظواهر والصور ؛ فما أمكن منه القانون وقضت به الاحكام كان حقاً سائغاً ، وما لم يمكن منه فليس بحق .

أما الفقه الاسلامي فللاعتبار الديني في مبناه كانت فكرة الحلال والحرام فيه رقيباً باطنياً ترافق الانسان وتنادي به في كل عمل .

والعبرة في تعلق الحقوق للحقائق وان كان القضاء يجري ضرورة على الظاهر .

فاذا قضي لانسان بحق بناء على سبب ظاهر وكان في الواقع غير محق : كما لو كان الشهود كذبة ، أو كان المقضي له يستند الى وثيقة قد قبض في الواقع مبلغها أو ابرأ المدين منه ، أو قضى له برد دعوى خصمه بسبب التقادم ، أي مرور الزمان على الحق المدعى به ، وكان الحق لا يزال في ذمته ، فان القضاء على أمثال ذلك - وان اعتبر نافذاً من الوجهة المدنية عملا بالظاهر ضرورة - لا يحل حراماً ولا يحرم حلالا ، لأن الحل والحرمة يجب أن يكونا مستندين الى سبب صحيح في نظر الشرع وفقهه .

والاصل في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام :

انما أنا بشر ، وانكم لتختصمون الي ، وعسى أن يكون بعضكم ألحن بحجته من الآخر ، فاقضي له على نحو ما اسمع ؛ فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فانما اقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها[1] .

---

(١) روي هذا الحديث في صحيحي البخاري ومسلم وغيرهما بالفاظ مختلفة متقاربة .

ومعنى « الحن بحجته » : افطن وأحسن بيانا لها (ر : العزيزي على الجامع الصغير ، والنهاية لابن الاثير) .

فالقضاء في مثل هذا متى استوفى شرائطه وبذل القاضي جهده هو قضاء حق ، لكن المقضي بـه ليس بحق ، وتبعته الدينيـة على المقضي له المبطل •

٤ ـ حكم القضاء وحكم الديانة :

وعن هذا كانت أحكام المعاملات في الفقه الاسلامي ذات اعتبارين : اعتبار قضائي ، واعتبار دياني •

فالقضاء يحاكم العمل أو الحق بحسب الظاهر ، أما الديانة فانمـا تحكم بحسب الحقيقة والواقع • فالامر أو العمل الواحـد قـد يختلف حكمه في القضاء عنه في الديانة •

فمن طلق زوجته مخطئاً بأن جرى على لسانه لفظ الطلاق غير قاصد اليه ، بل الى لفظ آخر ، يعتبر الطلاق منه واقعاً قضاء ، أي يقضي القاضي بوقوعه عملا بالظاهر ، ولكنه لا يقع ديانة ، فيفتيه المفتي بجواز بقائه مع امرأته فتوى معلقة على ذمته في زعم الخطأ •

وكذلك لو أبرأ أحد مدينه ولم يخبره ، ثم ادعى عليه بالدين وكتم ابراءه وقضي له به ، فان له التنفيذ والاستيفاء قضاء لا ديانة •

وبناء على ذلك اختلفت في الاوضـاع والترتيبات الشـرعية مهمـة القضاء عن مهمة الافتاء ، أي وظيفة القاضي عن وظيفة المفتي :

فالقاضي يجري على الاعتبار القضائي للاعمال والاحكام ، ولا ينظر الى الاعتبار الدياني •

أما المفتي فيبحث عن الواقع وينظـر الى الاعتبـارين ، فان اختلف اتجاههما أفتى الانسان بالاعتبار الدياني •

ومن ثم يذكر الفقهاء في كثير من المسائل التي يصورونها ان الحكم فيها قضاء كذا ، وديانة بعكسه ؛ كمن كان له دين جحده المدين وعجز الدائن عن اثباته أمام القضاء ثم ظفر بمال للمدين : فان الديانة تقر للدائن أن يأخذ منه قدر حقه دون اذن المدين أو علمه . ولكن لو وصل الامر الى القضاء لايقر له هذا الاخذ لعدم اثبات حقه .

(ر : ف/١٠٨/ الحاشية الاخيرة ، ورد المحتار في كتاب القضاء ٣١٥/٤ وفي كتاب الحجر ٩٥/٥ وفي الحظر والاباحة ٢٧١/٥) .

وبهذه المناسبة نقول : ان الوازع الديني في صيانة الحقوق مهما ابتعدت عنه الامم في نزعتها المادية بنظامها الاجتماعي اليوم فقد اضطرت اليه في تشريعها القانوني الوضعي المحض ، وبنت عليه نواحي من قضائها لم تستطع فيها الا الالتجاء الى الضمانة الدينية والوجدان الروحي .

ويتجلى ذلك في تحليفهم الخصم اليمين عند عجز المدعي عن اثبات دعواه ، وعند تذرع المدعى عليه وتمسكه بالتقادم التجاري القصير على سند مالي تجاري يدعى عليه به .

* * *

الباب الثاني

مصادر الفقه الاسلامي

الفصل الأول

المصادر الاساسية

الكتاب ـ السنة ـ الاجماع ـ القياس

٥ ـ رأينا في صدر الباب الاول السابق (ف/١) أن الفقه الاسلامي تكون أحكام مسائله مستندة : اما الى النص الصريح في القرآن أو في السنة النبوية ؛ واما الى اجماع العلماء ، واما الى استنباط المجتهدين من دلائل النصوص وقواعد الشريعة •

ومن هنا عد العلماء مصادر الفقه ، أي منابعه التي يستقي منها ، أربعة هي : الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والقياس •

أ ـ الكتاب

٦ ـ فاما الكتاب ، وهو القرآن ، فانه هو الاصل في التشريع

الاسلامي ؛ فقد بينت فيه أسس الشريعة وأوضحت معالمها في العقائد تفصيلا ، وفي العبادات والحقوق اجمالا .

وهو في الشريعة الاسلامية كالدستور في الشرائع الوضعية لدى الامم ؛ وهو القدوة للنبي نفسه صلى الله عليه وسلم فمن بعده ولذا كان هو المصدر التشريعي الاصلي .

غير ان الكتاب بصفته الدستورية انما يتناول بيان الاحكام بالنص الاجمالي ولا يتصدى للجزئيات وتفصيل الكيفيات الا قليلا ، لأن هذا التفصيل يطول به ويخرجه عن أغراضه القرآنية الاخرى من البلاغة وغيرها .

فقد ورد فيه الامر مثلا بالصلاة والزكاة مجملا ، ولم يفصل فيهما كيفية ولا مقادير ، بل فصلتهما السنة بقول الرسول عليه السلام وفعله .

وكذلك أمر القرآن بالوفاء بالعقود ، ونص على حل البيع وحرمة الربا اجمالا ، ولكن لم يبين ما هي العقود والعهود الصحيحة المحللة التي يجب الوفاء بها ، وما الباطلة أو الفاسدة التي ليست محلا للوفاء ؟ فتكلفت السنة أيضاً ببيان أسس هذا التمييز .

على أن القرآن قد تناول تفصيل جزئيات الاحكام في بعض المواضع أو المواضيع : كما في المواريث ، وكيفية اللعان بين الزوجين ، وبعض الحدود العقابية ، والنساء المحارم في النكاح .

ولهذا الاجمال في نصوص القرآن مزية هامة أخرى بالنسبة الى أحكام المعاملات المدنية ، والنظم السياسية والاجتماعية ، فانه يساعد على فهم تلك النصوص المجملة وتطبيقها بصورة مختلفة يحتملها النص ،

فيكون باتساعه قابلاً لمجاراة المصالح الزمنية ، وتنزيل حكمه على مقتضياتها بما لا يخرج عن أسس الشريعة ومقاصدها .

وذلك كما ورد في القرآن من النص على الشورى السياسية دون تعيين شكل خاص لها ، فكانت شاملة لكل نظام حكومي يجتنب فيه الاستبداد ، ويتحقق فيه تشاور واحترام صحيح لرأي أولي الرأي والعلم في الامة ، سواء أكان نظاماً جمهورياً ، أو نظام خلافة دستورية ، أو غير ذلك مما لا استئثار فيه لفرد أو لفئة ، بحسب ما تمليه المصلحة العامة .

وكذلك أوجب القرآن اقامة العدل واحقاق الحق بين الناس بنصوص عامة كثيرة ، ولم يحدد طريقة القضاء الذي هو الاداة لذلك ، فمن حيث العدد يمكن أن تكون المحاكم محاكم فرد أو محاكم جماعة ، ومن حيث الدرجة يمكن أن يكون القضاء على درجة واحدة أو على عدة درجات (ر : ٢/٢٩) .

وعلى كل ، بهذا الاجمال في نصوص الكتاب كانت هذه النصوص محتاجة الى البيان بالسنة النبوية ليمكن تطبيقها في الكيفيات والكميات ، ولتعرف حدودها في الشمول والاقتصار ، وتنزل عليها جزئيات الحوادث والاعمال .

لذلك جاء في القرآن احالة عامة على السنة النبوية في هذه التفصيلات بقوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » .

ومن ثم كانت السنة مفتاح الكتاب .

ب ـ السنة

٧ ـ يطلق لفظ (السنة) على ما جاء منقولاً عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير[١] • وهي بهذا المعنى مرادفة للفظ « الحديث » •

وقد تطلق على معنى الواقع العملي في تطبيقات الشريعة في عصر النبوة ، أي الحالة التي جرى عليها التعامل الاسلامي في ذلك العصر الاول[٢] •

والفرق بين المعنيين في النتيجة أنه قد ينقل عن الرسول عليه الصلاة والسلام حديث لفظي ، ولكن يثبت للعلماء تاريخاً أن عمل الناس في عصر النبوة أو في امتداد زمن الخلفاء الراشدين كان جارياً على خلاف مدلول ذلك الحديث المنقول ؛ فيقال عندئذ : جاء في الحديث (كذا) ولكن السنة على (كذا) •

وفي هذه الحال اذا كان كل من الحديث والسنة صحيح الثبوت يلجأ العلماء الى التوفيق بين الحديث والسنة ان أمكن ، أو الى ترجيح أحدهما بأسباب مرجحة ان لم يمكن التوفيق ، كما اذا تعارض حديثان

---

(١) المراد من التقرير أن يفعل امام النبي صلى الله عليه وسلم فعل فيقره ولا ينهي فاعله •

(٢) وعلى هذا المعنى يقع مثل قول عبد الرحمن بن مهدي ، وقد سئل عن سفيان الثوري والاوزاعي ومالك : « سفيان امام في الحديث وليس بامام في السنة ، والاوزاعي امام في السنة وليس بامام في الحديث ، ومالك امام فيهما جميعاً » « ر : شرح موطأ مالك للزرقاني ، ومقدمة « تنوير الحوالك » شرح الموطأ ايضا للسيوطي ، وكتاب « نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي » للاستاذ علي حسن عبد القادر ص/١١٦ » •

من قول الرسول صحيحا الثبوت ، فانهما يعتبر أحدهما ناسخاً للآخر ، فيبحث عن الناسخ والمنسوخ منهما •

والسنة تلي الكتاب رتبة في مصدرية التشريع ، من حيث ان بها بيان مجمله ، وايضاح مشكله ، وتقييد مطلقه ، وتدارك ما لم يذكر فيه •

فالسنة مصدر تشريعي مستقل من جهة ، لأنها قد يرد فيها من الاحكام ما لم يرد في القرآن ، كميراث الجدة ، فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بتوريث جدة المتوفى سدس المال • ولكن السنة من جهة أخرى يلحظ فيها معنى التبعية للقرآن ، لأنها ، علاوة على كونها بياناً وايضاحاً له ، لا تخرج عن مبادئه وقواعده العامة حتى فيما تقرره من الاحكام التي لم يرد ذكرها في القرآن • فمرجع السنة في الحقيقة الى نصوص القرآن وقواعده العامة •

والسنة بصورة عامة ضرورية لفهم الكتاب لا يمكن أن يستغنى عنها في فهمه وتطبيقه ، وان كان فيها ما لا يتوقف عليه فهم الكتاب هذا التوقف •

هذا ، وبعد أن أصبحت السنة تنقل نقلاً بالرواية ، لانقضاء عصر الرسالة ، وانقطاع مشافهة الرسول بوفاته عليه السلام ، لا يقبل منها في تشريع الاحكام الفقهية الا ما كان صحيح الثبوت بشرائط معينة شديدة •

وقد تكفل علماء السنة بتمييز مراتب الاحاديث النبوية في الثبوت •

ج ـ الاجماع

٨ ـ الاجماع هو اتفاق الفقهاء المجتهدين في عصر على حكم •

ولا فرق بين أن يكون هؤلاء المتفقون من فقهاء صحابة الرسول عليه السلام بعد وفاته ، أو من الطبقات التي جاءت بعدهم •

والاجماع حجة قوية في اثبات الاحكام الفقهية ، ومصدر يلي السنة في الرتبـــة •

ودليل اعتباره في هذه المكانة من مصدرية التشريع مجموعة آيـات وأحاديث تدل على اعتبار اجماع الكلمة من أهل العلم والرأي حجة •

فمن تلك الأدلة على اعتبار الاجماع قوله عليه السلام : « لا تجتمع أمتي على الضلالة » وفي معناه أحاديث كثيرة • فبتضافرها بعضها مع بعض ومع الآيات القرآنية التي تأمر بلزوم الجماعة وعدم الانشقاق عنها ، تؤلف دليلا كافياً على حجية الاجماع في اثبات الاحكام •

والاجماع في ذاته اذا انعقد على حكم لا بد أن يكون مستندا الى دليل فيه ، وان لم ينقل الدليل معه ، اذ لا يعقل أن تجتمع كلمة علماء الامـة الموثوق بهم تشهياً بلا دليل شرعي •

ولذلك كان الاجماع اذا أراد المتأخرون معرفته انمـا يبحثون عن وجوده وصحة نقله لا عن دليله اذ لو وجب البحث عن دليله لكانت العبرة للدليل لا للاجماعِ ، بينما هو في ذاته حجة •

والخلاصة أنه لا يخلو الاجماع عن دليل يستند اليه ، ولكن لا يجب لاعتباره أن يكون دليله منقولا معه ومعروفاً •

ومن أمثلة ثبوت الحكم بالاجماع ميراث الجد مع الابن فيما لو توفي شخص عن ابن وعن جـد ، فان الجد عند عـدم الاب يحل محل الاب

في الارث ، فيرث ـ مع وجود ابن المتوفى ـ سدس المال كالاب ، ثبت ذلك باجماع الصحابة •

وكذا حجب بني الاعيان والعلات ذكوراً واناثاً بالاب[1] •

وكذا صحة عقد الاستصناع ، فقد انعقد عليها الاجماع[2] •

٩ ـ والاجماع نوعان : قولي وسكوتي •

ـ فالقولي يكون بتداول الرأي واتفاق صريح من العلماء •

ـ والسكوتي يكون بأن يفتي أحدهم بحكم مع علم بقية علماء العصر، فلا تعرف من أحدهم مخالفة ولا تأييد •

والاول القولي هو الحجة المسلمة ، أما الثاني السكوتي فمختلف جدا في اعتباره ، وفي درجة هذا الاعتبار وشرائطه •

وقد كان الاجماع في العصر الاول سهل الحصول لأن عمر في خلافته منع الصحابة أن يخرجوا من المدينة لتمكنه مشاورتهم فيما

---

(١) ر : « أصول الفقه » للخضري ، ص (٤٠٤) ، وشرح السراجية للسيد الجرجاني باب مقاسمة الجد •

وبنو الاعيان هم الاخوة والاخوات لأب وأم •

وبنو العلات (بفتح العين وتشديد اللام) هم الاخوة والاخوات لاب•

وبنو الاخياف الاخوة والاخوات لام •

(٢) الاستصناع شراء ما سيصنع قبل صنعه • والقواعد تاباه لانه بيع المعدوم ، ولكن وقع الاجماع على صحته للحاجة اليه (ر : أصول فخر الاسلام البزدوي أول باب الاستحسان) •

يحدث من أمور العلم أو السياسة ، ولكنهم تفرقوا بعد ذلك أواخر خلافة عثمان في الامصار[1] ، ونشأ على أيديهم علماء وفقهاء في أماكن متنائية في الحجاز واليمن ومصر والعراق والشام وغيرها ؟ فلم يمكن بعد ذلك تحقق اجماع من المجتهدين لانقطاع امكان الشورى العلمية العامة ، ولأن اتفاق علماء بلد واحد على حكم لا يعتبر اجماعاً •

لذلك كانت كل المسائل المستندة الى الاجماع وحده انما يرجع تاريخها الى عصر الخلفاء الراشدين أو الصدر الاول منه •

د ـ القياس

• ١٠ ـ القياس هو : الحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلة •

والقياس يأتي في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والاجماع من حيث حجيته في اثبات الاحكام الفقهية ، ولكنه أعظم أثراً من الاجماع في كثرة ما يرجع اليه من أحكام الفقه ، لأن مسائل الاجماع محصورة ولم يتأت فيها زيادة ، لانصراف علماء المسلمين في مختلف الاقطار عن مبدأ الشورة العلمية العامة ، ولتعذر تحققه بمعناه الكامل فيما بعد العصر الاول كما أوضحناه • أما القياس فلا يشترط فيه اتفاق كلمة العلماء ، بل كل مجتهد يقيس بنظره الخاص في كل حادثة لا نص عليها في الكتاب أو السنة ، ولا اجماع عليها •

ولا يخفى أن نصوص الكتاب والسنة محدودة متناهية ، والحوادث

---

(١) ر : كتاب « تاريخ التشريع الاسلامي » للاساتذة السبكي والسايس والبربري المدرسين في كلية الشريعة الاسلامية بالازهر ، (ص ٩٦ و ١٣٧) •

الواقعة والمتوقعة غير متناهية • فلا سبيل الى اعطاء الحوادث والمعاملات الجديدة منازلها وأحكامها في فقه الشريعة الا عن طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القياس[1] •

فالقياس أغزر المصادر الفقهية في اثبات الاحكام الفرعية للحوادث •

وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب الى أبو موسى الاشعري (ر ص) يرشده الى أصول القضاء وطريقته المثلى :

« الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ، ولا سنة النبي صلى الله عليه وسلم • ثم أعرف الاشباه والامثال ، فقس الامور عند ذلك بنظائرها • واعمد الى أقربها الى الله وأشبهها بالحق[2] •

---

(١) يقول الشهرستاني في كتابه « الملل والنحل » :

« ان الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد • ونعلم قطعاً انه لم يرد في كل حادثة نص ، ولا يتصور ذلك أيضا • والنصوص اذا كانت متناهية ، والوقائع غير متناهية ، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعاً ان الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار ، حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » أ هـ •

(الملل والنحل للشهرساني ، أول بحث الاختلاف في الاحكام الشرعية الاجتهادية) •

(٢) هذا الكتاب أرسل به عمر الى أبي موسى بعد ما ولاه • وهو يعد في نظر العلماء دستوراً عظيما في سياسة القضاء وفقهه •

وقد رأينا أن نثبته هنا بنصه ، لأننا قد نحتاج الى الاستشهاد به في مناسبات أخرى ، وهو :

« بسم الله الرحمن الرحيم : من عبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين الى عبد الله بن قيس :

وقد كان من أسلوب النصوص المعهودة في الكتاب والسنة أن تنص غالبا على علل الأحكام الواردة فيها ، والغايات الشرعية العامة

سلام عليك • أما بعد فان القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة •

★ فافهم اذا أدلي اليك ، وأنفذ اذا تبين لك ، فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له •

★ آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك •

★ البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر •

★ والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالا •

★ ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك ، أن ترجع الى الحق ، فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل •

★ الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ، ولا سنة النبي صلى الله عليه وسلم • ثم اعرف الاشباه والامثال ، فقس الامور عند ذلك بنظائرها ، وأعمد الى أقربها الى الله ، وأشبهها بالحق •

★ واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة ، أمداً ينتهي اليه ، فان احضر بينته أخذت له بحقه ، والا استحللت عليه القضية ، فان ذلك أنفى للشك ، وأجلى للعمى ، وأبلغ في العذر •

★ المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلوداً في حد ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو ظنيناً في ولاء أو نسب • فان الله قد تولى منكم السرائر ، ودرأ بالبينات والايمان •

★ واياك والغلق والضجر والتأذن بالخصوم والتنكر عند الخصومات، فان الحق في مواطن الحق يعظم الله به الاجر ويحسن به الذخر •

فمن صحت نيته ، وأقبل على نفسه ، كفاه الله ما بينه وبين الناس • ومن تخلق للناس بما يعلم الله ليس من نفسه شانه الله • فما ظنك بثواب عند الله عز وجل في عاجل رزقه ، وخزائن رحمته ، والسلام » •

المقصودة منها ، ليمكن تطبيق أمثالها واشباهها عليها في كل زمن • ونصوص الكتاب معظمها كلي عام اجمالي كما رأينا[1] ، فانفتح بذلك طريق لقياس غير المنصوص على ما هو منصوص ، واعطائه حكمه عند اتحاد العلة أو السبب فيهما •

١١ ـ امثلة القياس :

ان وقائع القياس في فقه الشريعة الاسلامية لا يمكن حصرها ، فان

←

(ر : جمهرة رسائل العرب ، للاستاذ أحمد زكي صفوة ج ١ ص/٢٥٢/ رقم الرسالة /٢١٤/ • واعلام الموقعين لابن القيم ج ص /٩٩/ ، والكامل للمبرد ج١ ص /٩/ ، والبيان والتبيين بشرح السندوبي الطبعة الثانية ج٢ ص /٣٧/) •

وقد تولى ابن القيم شرحه باسهاب في مواطن عديدة من « أعلام الموقعين » (ج١ ص /١٠٠/ و ج٢ ص /٢٨٤ ـ ٢٩٠) •

وقال ابن القيم بعدما نقل نص هذا الكتاب : « وهذا الكتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول ، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة • والحاكم والمفتي أحوج شيء اليه والى تأمله والتفقه فيه » •

شرح بعض الالفاظ في كتاب عمر :

اذا ادلي اليك : من الأدلاء بالحجة ، وهو اقامة الدليل •

وأنفذ : من الانفاذ ، أي سدد القضاء واجعله نافذاً• أي اتبع القضاء بالتنفيذ حتى يصل صاحب الحق الى حقه •

آس : أمر بالمساواة ،أي اجعل بعضهم أسوة بعض بلا تمييز •

تلجلج : تردد وأشكل •

درأ : دفع ومنع ، وفي الحديث النبوي : ادرأوا الحدود بالشبهات •

الغلق : بفتحتين ، ضيق الصدر من غضب ونحوه •

(١) ـ ر : كتاب تاريخ التشريع الاسلامي للاساتذة السبكي والسايس والبربري ، ص /٦/ •

منها يتكون الجانب الاعظم من الفقه ، ولا يزال القياس يعمل باستمرار في كل حادثة جديدة في نوعها لا نص عليها .

غير أننا نضرب للايضاح الامثلة التالية :

١ ــ ورد في الشريعة الاسلامية نصوص وأحكام بشأن وصي اليتيم عينت وضعه الحقوقي ومسؤوليته وصلاحيته ، فقاس الفقهاء على أحكام الوصي أحكام متولي الوقف للشبه المستحكم بين الوظيفتين ، كما قاسوا كثيرا من أحكام الوقف نفسه على أحكام الوصية . فقرروا حجر الانسان عن أن يقف في مرض موته أكثر من ثلث ماله الا باجازة الورثة ، قياسا على هذا الحجر الذي ورد في الشريعة بشأن الوصية لان كليهما تبرع ؛ حتى قال الفقهاء : ان معظم أحكام الوقف تستقى من الوصية .

٢ ــ ورد في الشريعة نصوص كثيرة في أحكام البيع أكثر مما ورد بشأن الاجارة ، فقاس الفقهاء كثيرا من أحكام الاجارة على أحكام البيع لانها في معناه ، اذ هي في الحقيقة بيع المنافع .

٣ ــ ورد في الشريعة نصوص تجيز الوكالة الخاصة بشأن مخصوص وتثبت لها أحكاما معينة معروفة . فقاس فقهاء الحنفية عليها الوكالة العامة في الجواز والاحكام ، ولم يروا بأسا بعدم تعيين الاعمال الموكل بها وجهالتها عند العقد في هذه الوكالة العامة ، لان العموم يجعل المجهول كالمعلوم ويحسم النزاع بخلاف الوكالة الخاصة اذا جهل موضوعها ، كمن قال لآخر : وكلتك في بعض أعمالي ، فانها غير جائزة باتفاق الفقهاء .

٤ ــ وكذلك قاسوا أيضا على عقد التوكيل اجازة الانسان تصرفا

في بعض حقوقه صدر من آخر فضولا عنه دون سابق توكيل منه ، فقرروا : أن **الاجازة اللاحقة تعتبر كالوكالة السابقة** ، فيصبح بهذه الاجازة تصرف الفضولي[1] نافذا على المجيز كعمل الوكيل بمقتضى وكالة سابقة •

٥ ـ ثبت في أحكام الشريعة أن الاجير مجبر على القيام بما استؤجر عليه •

فقاس الفقهاء عليه حكم الوكيل بالاجرة ، فاعتبروه مجبراً على القيام بما وكل به ، لأنه بتقاضيه الأجرة أصبح كالاجير ، وان كانت الوكالة في الاصل عقداً غير لازم ، أي لا يوجب الزام الوكيل بالعمل •

٦ ـ ثبت بنصوص الشريعة أن من غصب شيئاً وجب عليه رد عينه ما دام قائما عنده ، فان تلف المغصوب يضمن الغاصب للمالك مثله أو قيمته، وينتقل حق المالك الى هذا التضمين عوضاً عن الاصل الهالك ؛ وذلك بقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »[2] •

فقاس فقهاء الحنفية على هلاك المغصوب ما لو أحدث فيه الغاصب تغييراً يحدث له به اسم جديد ، كما لو غصب قطعة فولاذ فصنعها سيفا ، أو طحن الحنطة المغصوبة حتى صارت دقيقا ، فاعتبروا هذا التغيير كالاستهلاك ، اذ قد تغير به الاسم فأصبح شيئاً آخر ؛ فقالوا أن حق المالك حينئذ ينقطع من عين المغصوب ، وينتقل حقه الى تضمين الغاصب ، كحكم الاتلاف المقيس عليه •

٧ ـ ورد في الحديث النبوي بشأن التوكيل في عقد النكاح أن النبي

---

(١) ـ لمعرفة معنى الفضولي أنظر ما سيأتي (ف ١٩٤/٣ سابعا) •
(٢) ر : ف/٤٧ ب•

عليه السلام قال عن الفتاة البكر البالغة « **اذنها صماتها**(١) » • • أي انها اذا استأذنها وليها بعقد نكاحها فسكتت يعتبر سكوتها توكيلا ، بمقتضى الدلالة العرفية ، لانها يغلب عليها في هذا المقام الخجل عادة •

فقاس الفقهاء عليه ما لو زوجها وليها فضولا دون استئمارها ـ أي استئذانها ـ ثم بلغها الخبر فسكتت ، فاعتبر الفقهاء سكوتها بعد العقد اجازة منها دلالة عرفية ، كما اعتبر سكوتها عند استئمارها اذناً منها •

٨ ـ ثبت في السنة تجويز اشتراط الخيار للمشتري في عقد البيع ، أي اشتراط حق الفسخ أو الابرام خلال مدة معينة ، ويسمى : **خيار الشرط** ، لأن المشتري قد يحتاج الى التروي خشية الغبن ، فقد شكا أحد الصحابة ، وهو حبان بن منقذ ، الى النبي عليه السلام أنه كثيراً ما يغبن في البياعات ، فأرشده الى اشتراط الخيار بقوله : « اذا اشتريت فقل لا خلابة(٢) ، ولي الخيار ثلاثة أيام » •

فقاس عليه الفقهاء جواز اشتراط الخيار المذكور للبضائع أيضاً لان حاجته الى ذلك كحاجة المشتري •

وقاسوا أيضاً على أصل خيار الشرط في الجواز حالة أخرى سموها : **خيار النقد**، وهو أن يشترط البائع على المشتري المستمهل في دفع الثمن أنه ان لم يحضر الثمن خلال مدة معينة فلا بيع بينهما ، وذلك خوفاً من أن يغيب المشتري طويلا ويتأخر في الدفع ، وقد أصبح المبيع ملكاً له بالعقد لا يستطيع البائع التصرف فيه ، فيتضرر البائع

---

(١) الصمات ، بالضم : الصمت والسكوت •

(٢) الخلابة ، بالكسر : الخديعة •

ويبقى معلقاً تحت رحمة المشتري ٠ فبهذا الشرط يحتاط لنفسه ٠

ووجه قياسه على خيار الشرط أن في كليهما شرطاً يقتضي فسخ البيع بعد انعقاده دفعاً لحاجة مشروعة ٠ (ر : الدرر شرح الغرر ١٥٢/٢) ٠

هذه أمثلة قليلة ضربناها للتوضيح تعد غيضاً من فيض من وقائع القياس في الفقه الاسلامي ، فان معظم الاحكام الفقهية في النوازل الجديدة انما ثبت ويثبت بطريق القياس ٠

١٢ ـ مما تقدم يتضح ما للقياس من شأن عظيم في اثبات الاحكام واستنباطها ، فهو طريق ضروري هام لتوسيع دائرة النصوص المحدودة حتى تشمل ما لا يتناهى من الحوادث الجديدة ٠

ولا يغني عن القياس العموم في عبارة النص العام لأن النص العام انما يشمل عمومه جميع الافراد الداخلة في مفهومه فقط ٠ أما القياس فانه يجعل النصوص ـ حتى الخاصة منها ـ شاملة لما لا يدخل في مفهومها من أنواع الحوادث وأفرادها ، وذلك بطريق الالحاق للتشابه في العلة ، فيضيف الى مجموعة النصوص التشريعية الاصلية نصوصا فقهية للعلماء المستنبطين لا تقف عند حد ، وهي قائمة على أسس تلك النصوص الاصلية وقواعدها ٠

ثم ان تلك الاحكام الفرعية التي تثبت بطريق الاستنباط والقياس تصبح أصولا للقياس يقاس عليها غيرها مما يشابهها في العلل ، وهكذا الى مالا نهاية ٠ وهذا من سر سعة الفقه الاسلامي الشاملة لما كان وما يكون من الحوادث ٠

على أن هناك جماعة من فقهاء بعض المذاهب لم يقبلوا طريقة القياس

واعتمدوا على ظواهر النصوص فقط ، فسموا « **الظاهرية** » ، ولم يكن لمذهبهم هذا حياة ووزن لمخالفته ضرورات الحياة التشريعية .

وقد لخص المزني صاحب الامام الشافعي فكرة القياس وحجته أبلغ تلخيص ، فقال :

ان الفقهاء من عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ، استعملوا المقاييس في جميع الاحكام في أمر دينهم . وأجمعوا على أن نظير الحق حق ، ونظير الباطل باطل . فلا يجوز لاحد انكار القياس ، لانه التشبيه بالامور ، والتمثيل عليها (ر : كتاب « مالك » للشيخ محمد أبي زهرة الاستاذ في كلية الحقوق بالقاهرة ، القسم الثاني ف/١٦٠) .

الفصل الثاني

المصـادر التبعية

الاستحسـان ـ الاستصـلاح ، أو
(قاعدة المصالح المرسلة) ـ العرف ٠

١٣ ـ ان هناك مستندات أخرى شرعية لاثبات الاحكام الفقهية غير المصادر الاربعة الاساسية المتقدمة وقد دلت نصوص الكتاب والسنة عـلى اعتبارها مستنداً صحيحاً لاثبات الاحكام ٠

غير أن تلك المصـادر انما هي في الحقيقة تبعيـة متفرعة عن تلـك المصادر الاربعة الاساسية فلذا لم يعدها معظم العلماء زائدة عليها بل اعتبرت راجعة اليهـا ٠

وأهم تلك المصادر الفرعية التبعية ثلاثة سنتولى بيانها ، وهي :

ـ الاستحسان

ـ والاستصلاح ، أو قاعدة المصالح المرسلة

ـ والعرف

الفرع الأول

الاستحسان

١٤ ـ الاستحسان هو : **العدول بالمسالة عن حكم نظائرها الى حكم آخر ، لوجه اقوى يقتضي هذا العدول** .

هـذا ما يعرفه به الامام أبو الحسن الكرخي من أئمة المذهب الحنفي . ولعله أفضل التعاريف المأثورة للاستحسان ، وأشملها لانواعه الآتي بيانها (ر : كشف الاسرار شرح أصول البزدوي ، ج ٤ ص /٣/ ، وكتاب « أبو حنيفة » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/١٧٤) .

ومفاده : أن الاستحسان هو قطع المسألة عن نظائرها ، فهو عكس القياس الظاهر الذي هو : الحاق المسألة بنظائرها في الحكم .

وبناء على أنواع العلة التي تقطع لاجلها المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية ينقسم الاستحسان الى نوعين : **الاستحسان القياسي ، واستحسان الضرورة**(١) .

أ ـ الاستحسان القياسي

١٥ ـ وأما الاستحسان القياسي فهو أن يعدل بالمسألة عن حكم

---

(١) ـ يقسم علماء الاصول من الحنفية الاستحسان الى اربعة أنواع ، فيزيدون نوعين هما : **استحسان السنة ، واستحسان الاجماع** . وسننتقد ذلك آخر البحث (ف ٢٠/الحاشية) .

القياس الظاهر المتبادر فيها الى حكم مغاير بقياس آخر هو أدق وأخفى من الاول ، ولكنه أقوى حجة ، وأسد نظراً ، وأصح استنتاجاً منه .

ولشيوع هـذا النوع من الاستحسان كثيراً في طريقة فقهاء الحنفية قد يقتصر بعضهم في تعريف الاستحسان على أنه هو « **القياس الخفي** » وهذا النوع من الاستحسان في الحقيقة انما هـو ترجيح لأحد الاقيسة عند تعدد وجوه القياس وتعارضها في المسألة الواحدة ، فهـو من القياس واليه .

١٦ ـ امثلة الاستحسان القياسي :

١ ـ ان الدين المشترك[1] اذا قبض منه أحد الدائنين مقدار حصته لا يحق له الاختصاص بها ، بل لشريكه في الدين أن يطالبه بحصته من المقبوض . فاذا هلك هـذا المقبوض في يد القابض قبل أن يأخذ الشريك الثاني حصته منه فقد كان مقتضى القياس الظاهر أن يهلك من حساب الاثنين ، لانهما كما يتقاسمان المقبوض اذا سلم ينبغي أن يتحملا معاً تبعة هلاكه اذا هلك .

ولكن في الاستحسان يعتبر الهالك في يد القابض هالكا من حصته

---

(١) ـ الدين المشترك هو ما ثبت لاثنين فأكثر في ذمة ثالث بسبب متحد ، كشيء يملكه شخصان مناصفة بينهما اذا باعاه صفقة واحدة بثمن مؤجل ، فثمنه يكون **دينا مشتركا** لهما على المشتري . وكذا لو لم يبيعاه بيعا بل أتلفه شخص ثالث ، فانه يضمن قيمته بسبب الاتلاف ، وتكون هذه القيمة دينا مشتركا لهما على المتلف .

فلو لم يكن سبب الدين واحدا ، كما لو اقترض شخص قرضين من شخصين كل قرض بعقد على حدة ، لا يكون دينا مشتركا .

فقط ، وتكون الحصة التي لم تقبض هي للشريك الثاني وذلك لانـه في الاصل لم يكن ملزما بمشاركة القابض فيما قبض ، بل له أن يترك المقبوض للقابض ويلاحق المدين بحصته •

٢ ـ من القواعـد المقررة أن المرء مؤاخذ باقراره في حـق نفســه لا في حق غيره • فلو أقر مثـلا أنه وأخاه مدينان يلزم هـو بما يصيبه منه ، ولا يلزم أخوه ان أنكر • وعـلى هـذا ، لو ادعى شخص أنه وكيل عن دائن غائب بقبض دينه ، فأقر المدين بوكالته ، يؤمر بدفع الدين اليـه عملا باقراره •

وبناء عليه ، اذا أودع أحد شيئاً عنـد آخر وغاب • فادعى شخص أنه وكيـل الغائب في قبض وديعتـه ، فأقر الوديع لـه بالوكالة ، فان مقتضى القياس الظاهر عـلى مسألة قبض الدين أن يلزم الوديع بتسليم الوديعة اليه •

لكن الاستحسان عـدم الزام الوديع بتسليم الوديعة اليـه ولو كان الوديع مقراً بوكالته ، لاحتمال أن يحضر صاحب الوديعة فينكر التوكيل ، وتكون وديعته قـد ذهبت وربما لا يمكن استردادها ، وان حقه متعلق بعينها • بخلاف صـورة الدين ، فان حـق الدائن فيهـا متعلق بذمـة المدين لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين الى زاعم الوكالة بالقبض • فاذا حضر الدائن فأنكر الوكالة يتبين أن الدفع السابق لم يكن قضاء صحيحا للدين ، لعدم ثبوت وكالة القابض ، فيكون حق الدائن باقياً عـلى حاله في ذمة المدين ، ويكلف بالدفع ثانية الى الدائن ، وله حق الرجوع عـلى القابض ليسترد منه ما دفعه اليه •

وايضاح ذلك أن عملية وفاء الدين في الواقـع وبالنظر الفقهي هي أن المـدين يدفـع من **مال نفسه** ما يعادل الدين • فاقراره بوكالة القبض

هو اعتراف منه بلزوم تسليمه منه الى مدعي الوكالة وفاء لدين الدائن ، **فهو اقرار على نفسه** ، فاذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرط في مال نفسه •

أما الوديعة فان حق مالكها متعلق بعينها ذاتها لا بذمة الوديع • فيكون اقرار الوديع بوكالة قبضها اعترافاً منه بلزوم تسليم مال غيره الى شخص ثالث • **فهو اقرار على غيره** لا على نفسه ؛ فلو أنفذناه كان ذلك تفريطا في حق المالك بمجرد اقرار غيره • (ر : الدر المختار ورد المحتار ، باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤/٤١٣ – ٤١٤) •

٣ – من المقرر فقهاً أن المرهون مضمون على الدائن المرتهن بما يعادل الدين ، فاذا هلك المرهون في يده وكانت قيمته مساوية للدين سقط الدين • حتى أن المرتهن لو كان قد استوفى الدين قبل هلاك المرهون يرد ما استوفاه •

وعلى هذا : أبرأ الدائن المرتهن ذمة المدين عن دينه ثم هلك المرهون قبل اعادته ، فان مقتضى القياس الظاهر أن يضمن المرتهن للراهن قيمته قياساً لحالة الابراء على حالة الاستيفاء اذ يبقى المرهون مضموناً بعد استيفاء الدين حتى يعاد •

ولكن الاستحسان عدم ضمان المرهون بعد الابراء عن الدين ، واعتبار المرتهن بعد ابرائه للمدين كالفاسخ للرهن ، لأن الدائن المرتهن يستقل بفسخ الرهن ، اذ هو توثيق لحقه ، واذا فسخه انقلب المرهون أمانة في يده ، فلا يضمن هلاكه عندئذ الا بالتعدي عليه أو التقصير في حفظه (ر : رد المحتار ٥/٣٣٥ و ٣٣٨) •

ب ـ استحسان الضرورة

١٧ ـ وأما استحسان الضرورة فهو ما خولف فيه حكم القياس نظراً الى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية ، سداً للحاجة أو دفعاً للحرج. فمحله عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لحرج أو مشكلة في بعض المسائل ؛ فيعدل حينئذ عنه استحسانا الى حكم آخر يزول به الحرج وتندفع به المشكلة . وذلك لأن المسائل التي يقاس بعضها على بعض ـ وان كانت من جنس واحد وقائمة على أسس مشتركة ـ قد تختلف نتائجها عدلا وجوراً ، أو عسراً ويسراً ، باختلاف موضوعاتها وما يكتنفها من عوارض .

فالاستحسان يكون في مثل هذا طريقاً للفقهاء الى الاحكام المصلحية التي تتفق مع المنطق الفقهي ومقاصد الشريعة ، عندما يلوح في اطراد القياس سوء النتائج .

وهذا النوع من الاستحسان يرجع في الحقيقة الى نظرية المصالح المرسلة الآتي بيانها في البحث التالي ، كما سنرى .

١٨ ـ امثلة استحسان الضرورة :

ومن أمثلة استحسان الضرورة المسائل التالية :

أ ـ من المقرر شرعاً أن الامين كالوديع مثلا ، اذا هلك لديه مال الامانة بلا تعد ولا تقصير في حفظه لا يضمن شيئاً من قيمته .

ويستمر القياس كذلك في كل أمانة بيد أمين ، كمال الشركة في يد أحد الشريكين ، والمأجور في يد المستأجر ، والعارية في يد

المستعير الخ ... ومن ذلك مال المستأجر في يد الاجير ، فينبغي أن لا يضمن مطلقاً اذا تلف بلا تعد عليه من الاجير ولا تقصير منه في حفظه .

ولكنهم فرقوا في الاستحسان بين الاجير الخاص وهو الذي يبيع وقته جميعاً لمستأجره ليعمل عنده ولا يشتغل في فراغه عند سـواه ، كالخادم والسائس ونحوهما ، وبين الاجير العام أو المشترك وهو الذي يبيع عمله في مهنة معينة لكل راغب ، كالصباغ والخباز والنجار الخ .. فقالوا : ان الاجير المشترك اذا هلك مستأجره لديـه يضمنه استحسانا ، الا اذا كان التلف بسبب لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب . وذلك كي لا يتقبل من أعمال الناس أكثر من طاقته طمعاً في زيادة الربح ، فيعرض أموالهم للهلاك أو الضياع لديه بطول المكث .

وهذا الحكم قد أخذ به الاجتهاد المالكي أيضاً بداعي المصلحة[1] .

---

(١) قال الاستاذ الشيخ محمد أبـو زهرة في بحث **المصالح المرسلة** من كتابه « **مالك** » ف (٢١٨) نقلا عن كتاب « الاعتصام » للامام الشاطبي ما نصـه :

« واتفق الخلفاء الراشدون على تضمين الصناع مـع أن الاصل أن أيديهم على الامانة ، ولكن وجد أنهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة عـلى أمتعة الناس وأموالهم ، وفي الناس حاجة شديدة اليهم ، فكانت المصلحة في تضمينهم ليحافظوا عـلى ما تحت أيديهم ، ولذلك قـال علي رضي الله عنـه في تضمينهم : « لا يصلح الناس الا ذاك » أ هـ .

أقول : ان هذه المسألة ومسائل أخرى وسواها قد ذكرها فقهاء المالكية مثالا لقاعدة « **المصالح المرسـلة** » عندهم ، وذكرها فقهاء الحنفية مثـالا للاستحسان عندهم (ر : كتاب الاجارة من الدرر شرح الغرر ٢ ص/٢٣٧) .

وهذا ما يؤيد ما سننبه عليه في بحث المصالح المرسلة الآتي من أن نظرية المصالح عند المالكية هي نظير استحسان الضرورة عند الحنفية موسعاً .

٢ ـ من القواعد المقررة في الفقه الاسلامي أن من دفع من ماله شيئاً عن غيره **بلا امر منه** في أداء نفقة ، أو قضاء دين ، أو وفاء أي حق مالي آخر ، فانه يعتبر متبرعاً فيما دفع عن غيره ، سواء أقصد التبرع أو لم يقصد وليس له الرجوع على المدفوع عنه الا أن يكون الدافع مضطراً الى الدفع[1] .

وعلى هذا اذا سلم أحد الى غيره مالا وأمره أن يشتري له به شيئاً أو يقضي عنه به دينه ، أو ينفق له منه على عياله أو بنائه ونحو ذلك ، فأمسك المأمور عند ما سلم اليه ، واشترى أو قضى أو أنفق من مال نفسه فيما أمره الدافع ، بقصد أن يستوفي بعد ذلك مما دفعه اليه ، فمقتضى القياس الظاهر أن يعتبر المأمور متبرعاً بالدفع ، ويرد الى الآمر ما أخذ منه.

ولكن قالوا أنه في الاستحسان لا يعتبر متبرعاً تيسيراً للمعونات ، ودفعاً للحرج في سبيلها ، فيجري التقاص بين ما دفع من ماله وبين ما في يده من مال الآمر (ر : المحتار ، كتاب الوكالة ٤/٤١٥) .

٣ ـ ان الاموال الكيلية أو الوزنية تعد شرعاً من الاموال الربوية التي يجري فيها ربا الفضل : أي لا يجوز اقراض شيء منها واستيفاء أكثر منه . وكذا لا يجوز بيع بعضها بمقدار من جنسه أكثر منه .

ولكن فقهاء الحنفية حكموا بجواز استقراض الخبز عدداً بين الجيران،

---

(١) ـ من صور الاضطرار الى الادعاء عن الغير ما لو كان مال الانسان مرهوناً باذنه في دين على غيره ـ وهي مسألة المستعار للرهن ـ والمدين لا يفكه فان للمالك أن يفك الرهن عن ماله بأن يدفع دين المدين ويرجع عليه ، ولا يعتبر متبرعا لاضطراره الى تخليص ماله (ر : الدر المختار ورد المحتار ٥/٣٣١) .

وان تفاوت وزن الارغفة التفاوت المعتاد ؛ استحساناً على خلاف القياس ، نظراً للضرورة وحاجة الناس مع انتفاء فكرة الربا والاسترباح في هذه العملية ، لأن هذا التفاوت من التوافه المهدرة عرفاً[1] .

(ر : رد المحتار ٤/١٧٢ و ١٨٧) .

والى هذا ذهب الاجتهاد المالكي أيضاً .

١٩ ـ هذه أمثلة هي قليل من كثير من المسائل الاستحسانية المنبثة في الفقه الحنفي من كلا النوعين ، أعني الاستحسان القياسي واستحسان الضرورة .

ومنها يتضح أن الاستحسان مقدم على القياس عند تعارضهما .

وعن هذا يقول الفقهاء : اذا ذكر في مسألة أن الحكم فيها كذا قياساً ، وعكسه استحساناً ، فحكم الاستحسان هو الراجح المعمول به دائماً . وذلك لأن الاستحسان في الحقيقة انما هو علاج لما قد يترتب على القياس من مشكلات الاحكام في بعض الاحيان .

---

(١) ـ ينبغي أن يعتبر مثل ذلك في صرف النقود الفضية ونحوها بأجزائها الصغرى عندما يكون مجموع الاجزاء أقل أو أكثر من وزن القطعة المستبدل بها .

ويتردد اليوم بعضهم في ذلك غلوا وتشددا محرجا في الدين بلا موجب ، مع أن هذا الصرف أشد حاجة وأولى بالجواز الشرعي من استقراض الخبز عددا بين الجيران ، لان الاجزاء المستبدلة والقطعة النقدية المستبدل بها متساويان قيمة وعرفاً ، ولا يصلح ذلك ذريعة للمرابـاة والاسترباح .

٢٠ - نقد التقسيم التقليدي للاستحسان :

هذا ، وبعد أن عرفنا مما سبق بيانه حقيقة معنى الاستحسان ورتبته في مصـــادر الاحكام وأدلتها ، من حيث أنـــه في الحقيقة طريقة تعديلية لمعالجة ما يؤدي اليـه اطراد القياس في بعض المسائل من غلو ومساوىء ، نقــول :

ان معظم علماء أصول الفقه الحنفي يقسمون الاستحسان الى أربعة أقسام ، فيزيدون على هذين النوعين المشروحين نوعين آخرين هما :

- استحسان السنة ، وهو لديهم عدول عن حكم القياس الى حكم مخالف له ثبت في السنة .

- واستحسان الاجماع ، وهــو عدول أيضاً عن مقتضى القياس الى حكم آخر انعقد عليه الاجماع ، كما في صحة عقد الاستصناع المتقدم ذكره في بحث الاجماع[1] .

ولا يخفى أن هذا التعميم والتنويع في معنى الاستحسان الاصطلاحي غير سديد ، وهو اقحام للشيء في غير محله .

فمن الواضــح بعد ما سـبق بيانه أن الحكم الثابت فيمـا يسمونه استحسان السنة أو استحسان الاجمـاع انما يضاف ثبوته الى السـنة أو الاجماع ، أي الى نص الشارع وما في حكمه ، لا الى قياس أو استحسان .

---

(١) ـ ر : « **كشف الاسرار** » للعلامة الشيخ عبد العزيز البخاري ، شرح « **الاصول** » لفخر الاسلام البزدوي ، ج ٤ ص/٣ ، وكتاب « **أبـو حنيفة** » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/١٧٤ .

فالاستحسان المقصود انما هو عدول **من الفقيه** المستنبط عن حكم القياس حيث يجوز القياس لفقدان النص التشريعي . وان القرآن ثم السنة ثم الاجماع مصادر ثلاثة أساسية مقدمة في الرتبة على القياس ، فلا مجال لقياس ولا استحسان الا فيما لم يرد من الاحكام في أحد تلك المصادر الثلاثة .

فاطلاق اسم الاستحسان على هذين النوعين هو حشر للشيء في غير زمرته ، وتوسع في لفظ الاستحسان يورث اشتباهاً في تمييز الحقائق[1] .

على أن ما ورد به النص منحرفاً عن قياس أمثاله لمصلحة لحظها الشارع الآمر انما هو في الحقيقة **استحسان الشارع** وليس الكلام فيه ، وانما الكلام في **استحسان الفقيه** المستنبط الذي يطبق نصوص الشارع ويقيس عليها ويستحسن على وفقها ، مستلهما من غرض الشارع ومقاصد شريعته[2] .

---

(١) ولعل السبب في هذا التساهل هو رغبة الاستحسانيين أن يقطعوا حجة مخالفيهم الذين يعتبرون طريقة الاستحسان قولا بالرأي وبالهوى المجرد عن دليل شرعي ، فأراد الاستحسانيون بهذا التوسيع لمعناه الاصلي أن يفهموهم أن من معناه الاستناد الى السنة أو الاجماع أو القياس.

(٢) والفرق بين استحسان الشارع واستحسان الفقيه المستنبط يشبه بعض الشبه الفرق في اصطلاح علماء القانون اليوم بين القرائن القانونية والقرائن القضائية .

والقرائن القانونية : هي التي عينها الشارع أو واضع القانون ورتب عليها حكماً خاصاً نص عليه لا رأي للقاضي في تقديره . وذلك دلالته بنظر الشرع على الشك في الحق المتقادم حتى منع سماع الدعوى به .

←

٢١ ـ وقد اشتهر أبو حنيفة وأتباعه من فقهاء مدرسته بطريقة الاستحسان وبناء الاحكام عليها ، وبرعوا في الاستنباط الاستحساني براعة عدلوا فيها كثيراً من غلو القياس الظاهر عندما يؤدي الى مشكلة في المصلحة التطبيقية(١) .

وقد أخذ الاجتهاد المالكي بطريقة الاستحسان وتوسع فيها أكثر من الحنفية علاجاً لغلو القياس . ولكن المالكية لا يسمون القياس الخفي استحساناً كما في اصطلاح الحنفية ، وانما الاستحسان عند المالكية أن يترك القياس الظاهر لأحد أمور ثلاثة :

اذا عارضه عرف غالب ، أي عادة شائعة .

أو عارضته لمصلحة راجحة .

أو أدى الى حرج ومشقة .

فيكون الحكم الاستحساني عندهم أيضاً من قبيل ترجيح مصلحة جزئية في حكم معين كانت تقضي القواعد القياسية بخلافه . وذلك لأن

←

والقرائن القضائية : هي من قبيل البينات والدلائل التي يعود للقاضي تقدير قوتها الاثباتية في وقائع الدعوى .

وشتان ما بين النوعين ، فان الاولى من أدلة الشارع التي يلحظها في تشريعه الآمر ، والثانية من أدلة القاضي المنفذ في تمحيصه للوقائع .

(١) المأثور عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان يقيس ، حتى اذا قبح القياس وأدى الى غلو في الحكم استحسن ، أي عدل عنه الى الاستحسان .

وقد قال تلميذه الامام محمد بن الحسن الشيباني : « **كان أبو حنيفة اذا قاس نازعه أصحابه المقاييس ، فاذا قال : استحسن ، لم يلحق به أحد** » (ر : كتاب « أبو حنيفة » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/١٧٢/ . وكتاب « مالك » له أيضاً ، القسم الثاني ف/١٧٢) .

نصوص الشريعة الاسلامية تضافرت على وجوب رعاية المصلحة ودفع الحرج • كقوله تعالى : « يريد الله اليسر ولا يريد بكم العسر » •

وقوله أيضاً : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » •

وقول النبي عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » •

قال القاضي ابن رشد الحفيد المالكي في بداية المجتهد (٢/١٥٤) :

« **ومعنى الاستحسان في أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل** » •

وهذا في الحقيقة نظير استحسان الضرورة في الاجتهاد الحنفي •

٢٢ ـ ومن الامثلة التي يبرز فيها غلو اطراد القياس الظاهر وجوره، واختلف الاجتهاد في معالجتها بالاستحسان ، القضية المعروفة باسم « **المسالة المشتركة** » في الفرائض ، أي أحكام الميراث ، وهي أن تموت امرأة عن زوج ، وأم ، وأخوين لام ، وأخوين شقيقين •

فالزوج والام والاخوة هم من أصحاب الفرائض الارثية المحدودة • أما الاخوة الأشقاء فهم من العصبات[1] • والقاعدة في الميراث هي : **ان العصبات انما ياخذون ما يزيد عن أصحاب الفرائض** •

فمقتضى القواعد القياسية في هذه الحادثة هو : ان يرث الاخوة

---

(١) العصبة في اصلاح علم الفرائض هو **كل قريب ذكر يتصل الى الميت بمحض الذكورة** ، أي لا يدخل في نسبته الى الميت أنثى ، وذلك كالعم وابنه وكالاخ وابنه ، فانهم من العصبات • بخلاف العمة مثلا لانها أنثى • وبخلاف الخال وابنه لأن واسطة قرابتهما الام وهي أنثى •

لام ولا يرث الأشقاء ، لأن الفريضة الارثية للزوج هنا نصف التركة ؛ وللام السدس ؛ وللاخوة من الام الثلث ، فلا يبقى شيء للاخوة الاشقاء وهم العصبات • وهـــذا يؤدي الى مشكلة من الغرابــة بمكان ، اذ يرث عندئذ الأخ لام ، ويحرم الشقيق !! والى هذا ذهب بعض الصحابة ، وعليه الاجتهادان الحنفي والحنبلي •

ولكن عمر بن الخطاب وفريقاً آخر من الصحابة (ر ض) ذهبوا الى اشتراك الاشقاء مـع الاخوة لام في نصيبهم بالثلث استحسانا ، باعتبار أن الجميع أولاد أم واحدة ، فالأشقاء يشاركونهم في السبب من جهة الام•

وبذلك سن عمر ســنة الاستحسان المقيم للعدالة الدافع للحرج ، والى هذا ذهب الاجتهادان المالكي والشافعي ، وهو الاوجه •

ويروى أن عمر (ر ض) لما رفعت اليه هذه القضية ، فرأى فيها أولا أن للاخوة من الام الثلث فريضة ، فلا يبقى شيء للاخوة الاشقاء ، قال له هؤلاء : « هب أن أبانا كان حماراً ، السنا لام واحدة ؟! » •

فرجع عمر وقضى باشتراكهم جميعاً في الثلث (ر : اعلام الموقعين لابن القيم ۲ ص /٤٨/ ، طبعه الكردي ، وبدايــة المجتهد لابن رشــد ج ۲ ص /۲۹۰/ ، وشرح المنظومة الرحبية للسبط المارديني ، باب المسألة المشتركة)[1] •

---

(١) قد عدلت الحكومة المصرية بقانون خاص صدر سنة ١٣٦٥ هـ ـ ١٩٤٦ م عن حكم المذهب الحنفي في المسألة المشتركة وأوجبت فيها العمل بحكم الاشتراك وفقا لمذهب مالك والشافعي ، وحسناً فعلت •

وكذلك فعلت سورية أخيراً في قانون الاحوال الشخصية الجديد سنة ١٩٥٣ م •

الفرع الثاني

الاستصلاح ، والمصالح المرسلة

٢٣ ـ الاستصلاح : **هو بناء الاحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة**(١) ·

والمصالح المرسلة : **هي كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها او بنوعها** ·

فهي انما تدخل في عموم المصالح التي تتجلى في اجتلاب المنافع ، واجتناب المضار ، تلك المصالح التي جاءت الشريعة الاسلامية لتحقيقها بوجه عام ، ودلت نصوصها وأصولها على لزوم مراعاتها والنظر اليها في تنظيم سائر نواحي الحياة ، ولم يحدد الشارع لها أفراداً ولا أنواعاً · ولذا سميت « مرسلة » أي مطلقة غير محددة ·

فاذا كانت المصلحة قد جاء بها نص خاص بعينها ككتابة القرآن صيانة له من الضياع ، وكتعليم القراءة والكتابة(٢) ؛ أو كانت مما جاء

---

(١) عبر الامام الغزالي في « المستصفى » عن استعمال قاعدة المصالح المرسلة في بناء الاحكام الشرعية باسم : « **الاستصلاح** » ، وهو تسمية جديدة في مقابل لفظ « **الاستحسان** » ، وهو أفضل من تعبير غيره عن ذلك بلفظ « المصالح المرسلة » الذي لا يفيد الا معنى المصالح نفسها لا معنى **عملية بناء الاحكام على أساسها** ·

(٢) ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان له كتبة للوحي يستكتبهم القرآن عند نزوله · وثبت أيضاً انه جعل فداء أسرى بدر من المشركين العالمين بالقراءة والكتابة ، أن يقوم كل منهم بتعليم عشرة من المسلمين الأميين القراءة والكتابة ·

نص عام في نوعها يشهد له بالاعتبار ، كوجوب تعليم العلم ونشره بوجه عام ، وكالامر بكل أنواع المعروف ، والنهي عن جميـــع فنون المنكر ، فعندئذ تكون من المصالح المنصوص عليها عيناً أو نوعاً لا من المصالح المرسلة، ويعتبر حكمها ثابتاً بذلك النص لا بقاعدة الاستصلاح •

٢٤ ـ ايضاح فكرة المصالح والمفاسد :

وايضاحاً لفكرة المصالح المرسلة في الاسلام اجمالا نقول :

ان المصلحة عكس المفسدة • وكل منهما محل نظر من جهتين :

ـ من جهة المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة •

ـ ومن جهة اعتبارهما في نظر الشارع •

٢٥ ـ (أ) ـ المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة :

فبالمعنى الذاتي تفسر المصلحة بالمنفعة ، وتفسر المفسدة بالمضرة مطلقاً سـواء أكان النفع أو الضرر شخصياً أو عاماً ، غالباً أو مغلوبا ، عاجلا أو آجلا الخ ••••

فالعلم والربح واللذة والراحة والمتعة والصحة ونحوها كلها مصالح في ذاتها نافعة لاصحابها بأي طريق حصلت •

والجهل والخسـارة والالم والتعب الخ •• كلها مفاسد في ذاتهـا مضرة بأصحابها •

ولكن هذا النظر الذاتي في تحديد المصلحة والمفسدة هو نظر قاصر لا يكفي ، ولا يصلح لبناء الأحكام الشرعية عليه :

ـ فان اللذة الوقتية مثلا قد تعقب آمالا أو مضار لصاحبها ولغيره فى نفسه أو شرفه أو ماله ، كشرب المسكرات ؛ وان الراحة قد تعقب خساراً كبيراً وتعبًا ؛ وان الربح في بعض صوره أو طرقه قد يقوم على ظلم الغير أو على طرق غير شريفة لها ضرر أكبر من الربح .

ـ وبالعكس قـد نجد بعض الآلام أحسن نتيجة من عدمها ، كآلام العلاج والمداواة ؛ وكذلك بعض المتاعب والمصاعب قد تتوقف عليها أطيب الثمرات . فالجهاد على ما فيه من ضرر بالانفس والاموال تتوقف عليـه حياة الاجيال الحاضرة والمستقبلة في الامة ، وأمانها من خطر أعدائها .

لذلك وجب أن يتخذ للمصالح والمفاسد التي ينبنى عليهـا التشريع العام مقياس آخر يعتبر به الشارع مصلحة الفرد والمجتمع معاً ، ويوازن بين عاجل الحوائج وآجل النتائج ، فلا يُعتبر عندئذ مصلحة أو مفسدة الا ما اعتبره الشارع كذلك ، قطعاً لفوضى المقاييس الشخصية وتضاربها فتكون العبرة في ذلك انما هي للاعتبار الشرعي .

٢٦ ـ (ب) ـ الاعتبار الشرعي للمصلحة والمفسدة :

ان المصالح والمفاسد التي تعتبر مقياساً للامر والنهي في الشرع الاسلامي هي التي تتفق أو تتنافى مع مقاصد الشريعة . وان من أول مقاصدها صيانة الاركان الخمسة الضرورية للحياة البشرية وهي : **الـدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال** ؛ ثم ضمان ما سـواها من الامور التي تحتاج اليها الحياة الصالحة مما دون تلك الاركان الضرورية في أهميتها .

وتلك الاركان الخمسة قـد اتفقت الشرائع الالهية ، بل والوضعية

أيضاً ، على وجوب احترامها وحفظها . وقد ذكر الغزالي في « المستصفى » أن حرمتها لم تبح في ملة قط .

وعلى هذا نرى أن علماء الفقه الاسلامي قسموا الاعمال والتصرفات التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي ؛ وبحسب دلائل نصوص الشريعه وأحكامها الى ثلاثة أقسام :

الاول — **الضروريات** : وهي الاعمال والتصرفات التي تتوقف عليها صيانة الاركان الخمسة السالفة البيان .

والنظر الشرعي أن هذه الامور الخمسة لابد منها للحياة الصالحة ، فاذا فقد بعضها انهارت الحياة الانسانية أو اختلت .

ولذا شرعت العبادات ، وأبيح بل وجب الاكل والشرب والملبس بما يصون الابدان ويستر السوآت ، كما نظمت أحكام المعاملات لصيانة الحقوق والاموال ، وشرعت العقوبات والتضمينات ، أي المسؤوليات المالية ، زجراً عن العدوان وجبراً للحقوق .

فأساس الاعمال التي تعد من المصالح الضرورية أن لا تقوم تلك الامور الخمسة التي هي من أركان الحياة البشرية الصالحة الا بمراعاتها .

الثاني — **الحاجيات** : وهي الاعمال والتصرفات التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الاركان الخمسة ، ولكنها تتطلبها الحاجة لاجل التوسعة ورفع الحرج ، كاباحة الصيد والتمتع بالطيبات التي يمكن أن يستغني عنها الانسان ولكن بشيء من المشقة ؛ وكتشريع عقد الاستئجار وكثير من أنواع المعاملات .

ففتح طريق الاستئجار في المعاملات المدنية يحقق للناس وفاء حاجة

كبرى ، اذ يتمكن به كـل منهم أن ينتفع بملك غيره لقاء عوض يسـير بالنسبة الى قيمة عين الشيء المأجور • ولو سد طريق الاستئجار لما تعطلت حياة الناس وما فسـدت أوضاعهم ، ولكن ينالهم حرج كبير : اذ يضطر الانسان أن يملك عين ما يحتاج اليه ولو حاجة موقتة •

الثالث ـ **التكميليات ، أو التحسينيات** : وهـي التي لا تنحرج الحياة بتركها ولكن مراعاتها من مكارم الاخلاق أومن محاسن العادات ، فهي من قبيل استكمال ما يليق ، والتنزه عما لا يليق ، كآداب الكلام والطعام والشراب ، وكالاعتدال في المظاهر ، والاقتصاد في المصارف دون اسراف ولا تقتير ونحو ذلك •

وعلى هذا فالاحكام التي شرعت لصيانة الاركان الضرورية هي أهم الاحكام وأحقها بالمراعاة ، وتليها الاحكام المشروعة لضمان الحاجيات ، ثم الاحكام المشروعة للتحسين والتكميل •

ولا يراعى حكم تحسيني اذا كان في مراعاته اخلال بما هو ضروري أو حاجي ، لان الفرع لا يراعى اذ اكان في مراعاته والمحافظة عليه تفريط في الاصل • ولذلك أبيح شرعاً كشف العورة عند الاقتضاء لأجل تشخيص داء ، أو لمداواة أو عملية جراحية ضرورية ، لأن ستر العورة من الامور التحسينية التي غايتها أدبية ؛ أمـا العلاج فمن الضروريات لان به صيانة النفس أو العقل أو النسل • (ر : كتاب « أصول الفقه » للاستاذ الجليل الشيخ عبد الوهاب الخلاف ص /١٦٣/ الطبعة الثانية و « المدخل الى علم أصـول الفقه » للزميل الاسـتاذ المحقق الدكتور معروف الدواليبي ص / ٤١٦ ـ ٤١٧ / الطبعة الثانية) •

هـذه هي الاسس التي يعتبرها الشرع الاسلامي في وزن المصـالح المرسلة أنواعاً ودرجات ، وهي ترسم مقاصد الشريعة كمـا تدل عليـه

دلائل نصوصها في شتى الموضوعات والقضايا والاحكام .

فكل ما يؤيد هذه المقاصد الشرعية ويساعد على تحقيقها فهو مصلحة مطلوبة طلباً قوياً أو ضعيفاً بحسب موقعها في تلك الاقسام الثلاثة . وكل ما ينافسها فهو مفسدة ممنوعة منعاً شديداً أو ضعيفا بحسب نوع المقصد الشرعي الذي تخل به[1] .

ويتضح مما تقدم أن التحسينيات منها ما هو من المندوبات أي المطلوبة طلباً خفيفاً على سبيل الاولوية والافضلية كآداب الطعام ونحوها ، ومنها ما هو من الفرائض المطلوبة شرعاً على سبيل الحتم والايجاب كستر العورة ؛ لأن معنى كون الشيء من التحسينيات هو أن الناس يمكنهم الاستغناء عنه في حياتهم المادية دون حرج ، ولكنه يكون مما تقتضي الاعتبارات الادبية والمعنوية تحتيمه والزام الناس به .

٢/٣٦ ـ كل امر فيه جهتا نفع وضرر ؛ والعبرة شرعاً للغالب :

هذا ، ومن المسلم به أن كل أمر من الامور فيه جهة نفع وجهة ضرر متعادلتان أو متفاوتتان : فاذا كانت جهة النفع في الشيء هي الغالبة فهو مصلحة بالمعنى العرفي وان اشتمل على ضرر مغلوب . واذا كانت جهة الضرر هي الغالبة فهو مفسدة بالمعنى العرفي وان اشتمل على نفع مغلوب .

---

(١) أوضح الامام الغزالي في كتابه « المستصفى » في أصول الفقه اسس هذه المصالح المرسلة وأقسامها الثلاثة (الضروريات الخمس ، والحاجيات والتحسينيات) .

ثم جاء الامام أبو اسحاق الشاطبي المالكي فأفاض فيها تبيانا وتعليلا وتحليلا بما لم يسبق اليه في كتابه « الموافقات في أصول الشريعة » .

ثم تناولها في هذا العصر ببحث ماتع الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة بمصر في كتابه « **مالك** » .

ولذا كان الفعل ذو الوجهين منسوبا الى الجهة الراجحة فيه من مصلحة أو مفسدة ، أي من نفع أو ضرر .

وعلى هذا فكل شيء أو فعل انما يكون مشروعاً أو ممنوعاً بحسب **رجحان نفعه أو رجحان ضرره** ، لا لأنـه نفع محض أو ضرر محض . وتقدير ذلك الى نظر الشارع .

ومن المقرر في هذه الحال أن الجهة المرجوحة المغلوبة من نفع أو ضرر غير مقصودة للشارع في أوامره ونواهيـه ، بل هي متغاضى عنها في سبيل الجهة الراجحة .

ـ ففي المطلوبات يكون الضرر المرجوح نظير الاشواك في الطريق الموصل الى الغاية ، فهذه الاشواك غير مقصودة الوجود بالنسبة الى السالك .

ـ وفي المكروهات يكون النفع المرجوح نظير الربح المادي في عمل شائن يأباه الانسان . فذلك الربح غير مقصود الترك لذاته ، بل مقصود الشخص في الترك انما هو اجتناب العمل الشائن ، لا اجتناب الربح .

ومن المقرر أيضاً أن المصالح التي يعتبرها الشرع ويرعاها لا عبرة لكونها موافقة لاهواء المكلفين وشهواتهم أو مخالفة ، وانما هي ما يقيم شأن الدنيا على أن تكون جسراً للآخرة ، فتبني حياة صالحة فاضلة متعاونة على الخير والبر .

وقد أوضح الامام الشاطبي هـذا المعنى واستقصى الادلة عليه ، في « الموافقات » (ج ٢ ص / ٢٦ و ٧٢ / وقال) :

« وهذا النظر كله أساسه كون المصالح مشروعة لاقامة هذه الدنيا لا لنيل الشهوات ، ولا لاجابة داعي الهوى »

٢٧ ـ العوامل الداعية الى الاستصلاح :

يمكننا بعد ما تقدم بيانه أن نقسم العوامل والدواعي ، التي توجب على الفقيه الشرعي أو الحاكم الآمر أن يلجأ الى قاعدة الاستصلاح في استحداث أحكام جديدة في ظل الشريعة الاسلامية ، الى أربعة عوامل :

١ ـ جلب المصالح ؛ وهي الامور التي يحتاج اليها المجتمع لاقامة حياة الناس على أقوم أساس ، كفرض الضرائب العادلة عند الحاجة لأجل تمويل الخدمات العامة ، والمشروعات الهامة المفيدة •

٢ ـ درء المفاسد ؛ وهي الامور التي تضر بالناس أفراداً أو جماعات سواء أكان ضررها مادياً أو خلقياً •

ومقياس الفساد هو قواعد الشريعة ومقاصدها المستفادة من نصوصها الثابتة ، والتي يتألف منها نظام الاسلام •

٣ ـ سد الذرائع ؛ أي منع الطرق التي تؤدي الى اهمال أوامر الشريعة أو الاحتيال عليها ، أو تؤدي الى الوقوع في محاذير شرعية ولو عن غير قصد •

٤ ـ تغير الزمان ؛ أي اختلاف أحوال الناس وأوضاع الحياة العامة عما كانت عليه •

فكل واحد من هذه العوامل الاربعة يدعو الى سلوك طريق الاستصلاح ، باستحداث الاحكام المناسبة المحققة لغايات الشرع ومقاصده في اقامة الحياة الاجتماعية على أصلح منهاج ، ليكون منها في المجتمع أحسن نتاج •

فأما العاملان الاولان ، وهما جلب المصالح ، ودرء المفاسد فمفهومها

وأمثلتهما واضحة مما سبق • وسنرى مزيداً من أمثلتهما قريباً عند كلامنا على أنواع الاحكام التي تبنى على نظرية المصالح المرسلة •

وأما العاملان الآخران ، وهما سد الذرائع وتغير الزمان ، فنوجز فكرة اجمالية عنهما فيما يلي :

٢/٢٧ ـ سد الذرائع :

الذريعة معناها في اللغة الوسيلة التي يلجأ اليها الانسان لامر من الامور •

كثيراً ما تكون الاعمال والتصرفات الممنوعة شرعاً ليست مقصودة لذاتها بالمنع في نظر الشارع ، بل انما منعت على خلاف مقتضى الأصل فيها لأنها قابلة أن تكون طرقاً مفضية الى أمر ممنوع شرعاً ولو عن غير قصد ، أو أن تكون ذريعة ، أي وسيلة يمكن أن يتشبث بها الانسان عن قصد منه الى ذلك الامر الممنوع ، وذلك من قبيل ما يسمى اليوم: **الاحتيال على القانون** •

فلذا يمنع شرعاً كل طريق أو وسيلة قد تؤدي ، عن قصد أو غير قصد ، الى المحاذير الشرعية • ويسمى هذا الاصل في اصطلاح الفقهاء والأصوليين : مبدأ سد الذرائع • وهو باب واسع يتصل بسياسة التشريع ، ولذا يعتبر فرعاً من الاستصلاح •

ويشهد لمبدأ الذرائع من نصوص الشريعة شواهد كثيرة جداً في الكتاب والسنة •

فمن شواهده في الكتاب نهي القرآن العظيم عن سب أصنام المشركين كيلا يثير ذلك حنقهم ، فيسبوا الله تعالى جهلا وعدوانا ، فقال :

« ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم » .

وكذلك حرم القرآن خطبة المرأة المعتدة بعد انقضاء زواجها بطلاق أو بوفاة الزوج حتى تنقضي عدتها ، كي لا تؤدي خطبتها الى اخلال بواجب العدة الخطير الذي يقتضيه نظام الاسرة وحقوق الزوجية السابقة . ولـذا كان أيضاً عقد الزواج على المرأة المعتدة ، ولو بلا دخول ، غير منعقد شرعاً .

ومن شواهد مبدأ سد الذرائع في السنة النبوية أن النبي عليه السلام نهى عن بناء المساجد على القبور ، وذلك كيلا تفضي الى عبادة الموتى من عظماء الناس .

وكذلك منع النبي الوصية للوارث كي لا تتخذ ذريعة الى تفضيل بعض الورثة على بعض ، احتيالا على نظام الارث ، لان هذا التفضيل ممنوع شرعاً كما سنرى (ف/١٠٦)[1] .

وكذلك نهى النبي عليه السلام عن خلوة الرجل بامرأة أجنبية عنه ، لأن هـذه الخلوة ذريعة يمكن أن تفضي الى الفساد ، ومن الواجب درء المفاسد .

يتضح من هذه الامثلة الملاحظات التالية :

---

(١) هذا رأي الجمهور . وذهب الزيدية والامامية الى القول بنفاذ الوصية للوارث كغير الوارث في حدود ثلث التركة بحجة أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم بعد نزول آيات المواريث : « **الا لا وصية لوارث** » هو لنسخ وجوب الوصية للقريب الذي أصبح وارثاً ، اذ كان الوجوب هو المقرر بنص القرآن قبل تشريع الارث ، فيبقى الحكم على الجواز بعد نسخ الوجوب .

١ ـ ان مبدأ سد الذرائع سلكته الشريعة الاسلامية في الامور الدينية والمدنية على السـواء • فالدينية كمنع بناء المساجد عـلى القبور ، والمدنية كالوصية للوارث •

٢ ـ ان المنظور اليه في سد الذرائع ليس هو النية السيئة من الفاعل، بل مجرد كون الفعل مما يفضي الى النتيجة التي يأباها الشرع ، ولو كان الفاعل حسن النية • ولذا نهى القرآن عن سب أصنام المشركين ، وان كان الذي يسبها انما يسبها ايماناً بالله ، وانتصاراً له •

والفقهاء المجتهدون ، بدلالة هذه النصوص وأمثالها المتصلة بحكمة التشريع وسياسته ، والتي ترشد الى مبدأ سد الذرائع ، قد لجأوا الى هـذا المبدأ في أحكام اجتهادية قرروها على أساسه :

أ ـ فمن ذلك ما قرره الاجتهاد الحنفي من أن للزوجة المطلقة في طلاق الفرار[1] حق الارث من زوجها الذي طلقها ، لكيلا يتخذ من حقه في الطلاق ذريعة الى حرمان الزوجة ميراثها المشروع عند يأسه من الحياة بقصد المضارة •

وهذا من قبيل منع التعسف في استعمال الحق ، اذ ليس من المصلحة تمكين الناس من هذا التعسف •

---

(١) **طلاق الفرار** في اصطلاح المذهب الحنفي (وقـد سماه قانون الاحوال الشخصية الجديد لدينا : **طلاق التعسف**) هو : أن يطلق الرجل زوجته طلاقا بائنا دون رضاها في مرض موته ، أو في حالة خطر يغلب على الظن هلاكه فيها • فاقدامه على طلاقها وهو على عتبة الفراق الابدي بالموت قرينة على قصد الفرار من حقها المشروع في الميراث وحرمانها منه • فأوجبوا لها الميراث اذا توفي وهي في العدة سدا لهذا الطريق ولو كان من المحتمل أن الزوج غير قاصد هذا المقصد •

وهذا الحكم هو في الاجتهاد الحنفي •

وكذلك قرر الفقهاء أن البائع اذا شرط في عقد البيع أنه يتبرأ من ضمان العيوب الخفية التي يمكن أن تظهر في الشيء المبيع ، فانه عندئذ لا يكون مسؤولا تجاه المشتري عما يظهر في المبيع من عيوب ، عملا بالشرط .

ولكن اذا كان البائع عالما بعيب المبيع وكتمه عن المشتري عند العقد فان شرط البراءة من ضمان العيب لا يعفيه من هذا الضمان ، كيلا يتخذ مبدأ احترام الشروط التي يشترطها المتعاقدان ذريعة لاحدهما الى الغش تحت حماية الشرط .

بهذا قضى عثمان بن عفان رضي الله عنه في حادثة وقعت في عهده ، وعليه الاجتهاد المالكي . (ر : الجزء الخامس من هذه السلسلة الفقهيه . وموضوعه « عقد البيع » ف /١٢٧/ وبداية المجتهد ٢/١٥٣-١٥٤)[1] .

٣/٢٧ ـ تغير الزمان :

من أسباب تبديل الاحكام الاجتهادية في فقه الشريعة الاسلامية اختلاف الاوضاع والاحوال والوسائل الزمنية عما كانت عليه في السابق حينما قررت تلك الاحكام ، وذلك اما لتبدل الوسائل الحيوية كحدوث

---

(١) يتفق هذا الحكم مع ما جاء به القانون المدني السوري في مواطن عديدة منها أن اشتراط البائع عدم ضمان عيوب المبيع ، أو عدم ضمان الاستحقاق ، أو شرط الانتقاص من هذا الضمان ، يقع باطلا اذا كان البائع سيء النية ، أي كاتما عيب المبيع أو حق الغير فيه وهو عالم بهما (قم/٤١٣ و ٤٢١) .

أما في الاجتهاد الحنفي فانهم يجوزون شرط البائع عدم ضمان العيب ويعفونه بمقتضاه من هذا الضمان ولو كان سيء النية ، أي كاتما العيب مع علمه به . ولا شك أن الاجتهاد المالكي في هذا أوجه وأجرى مع حكمة التشريع .

الكهرباء والمعامل الآلية التي غيرت مجرى الحياة كلها في عصرنا الحاضر ، وأما لفساد طارىء على أخلاق الناس العامة •

وقد قرر الفقهاء في هـــذا المقام تلك القاعدة الشـــهيرة القائلة : « **لا ينكر تغير الاحكام بتغير الزمان** » •

وفي هذا الموضوع يقول العلامة ابن عابدين في رسالة «نشر العرف» :

« ان كثـيرا من الاحكام يبينها المجتهد عـلى ما كان في زمانه ، فتختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، **أو لحدوث ضرورة** ، **أو لفساد أهل الزمان** ، بحيث لو بقي الحكم عـلى ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لاجل بقاء النظام على أحسن أحكام • ولهذا ترى فقهاء المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبه » •

وقد أتى رحمه الله على ذلك بأمثلة كثيرة :

ـ منها أنه في أصل المذهب الحنفي لـم يكن يعتبر الاكراه معذرة للشخص المستكره (بفتح الراء) الا اذا كان واقعا من السلطان نفسه أو بأمره ، لان قيام سلطة الحاكم تمنع الناس من أن يكره بعضهم بعضاً على على فعل أو عقد ، اذ يستطيع من يقع عليه الاكراه أن يلتجيء الى الحاكم• أما اذا وقع الاكراه من السلطان نفسه فلا سلطة فوقه ، وبيده القوة •

لكن المتأخرين من الفقهاء لما رأوا فساد الزمان وتسلط بعض الناس على بعض تحت حمايــة بعض الحكام ولحظوا فقدان الوازع ، أفتوا بأن

الاكراه يعتبر معذرة مؤثرة في مسؤوليه المستكره عن الافعال والعقود التي باشرها تحت الاكراه ولو كان واقعا من غير السلطان الحاكم •

ـ ومنها أن الفقهـاء المتقدمين أيضـا كانوا يجيزون ايجار عقارات الوقف مهما كنت مدة الايجار طويلة أو قصيرة •

ولكن المتأخرين لمـا رأوا كثرة غصب المتنفذين لاملاك الاوقـاف وتواطؤ بعض المتولين على الاوقاف معهم ، أفتوا بمنع ايجار عقار الوقف أكثر من سنة واحدة في الدور والحوانيت المبنية ، وثلاث سنين في الاراضي الزراعية ، خشية أن يدعي المستأجر في النهاية ملكية العقار ، متخذا من استمرار يده وتصرفه فيه زمنا طويلا دليلا عـلى ملكيته • فتجديد عقد الايجار في فترات قصيرة يحول دون ذلك •

(ر : مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص / ١٢٥ ـ ١٢٦) •

هذا ، وسنعقد لموضوع تغير الزمان وأثره في تغيير الاحكام مبحثا خاصا نعالجه فيه بتفصيل وايضاح أوفى ، بعد نظرية العرف آخر القسم الثاني من هذا المدخل ، لما بين العرف وتغير الزمان من صلة • فنجتزى هنا بهذه اللمحة الاجمالية •

٢٨ ـ الوفق والفرق بين الاستصلاح والاستحسان :

ان الاستحسان عند الحنفية ، كما رأينا نوعان متباينان :

فأحدهما ـ وهو الاستحسان القياسي ـ انما هو ضرب من القياس ، اذ هو ترجيح قياس خفي الملحظ قوي المبنى على قياس ظاهر متبادر ، عند تعدد وجوه القياس وتعارضها في مسألة ما •

والثاني ـ وهـو استحسان الضرورة ـ هـو في الحقيقة ضرب من

الاستصلاح ، أي فرع من قاعدة المصالح المرسلة ، لان فيه عدولا عن مقتضى حكم القياس في قضية الى حكم آخر اذا كان ذلك القياس يؤدي الى حرج غير عادي ، أو الى ضرر غالب ، أي ضرر أعظم من المصلحة المتوخاة ذلك لان منهاج الشريعة العام المقرر في نصوصها الاصلية يقوم على أساس نفي الحرج ، ودفع الضرر الغالب من طريق أحكامها •

أما عند المالكية فان الاستحسان هو دائما فرع من نظرية المصالح لان الاستحسان عندهم نوع واحد هو العدول عن القياس رعاية لمصلحة تعارضه في مسألة معينة •

فهم لا يسمون القياس الخفي « استحسانا » وانما هو « قياس » باق على أصل اسمه •

غير أن هناك نقطة واحدة تعد هي الفارق بين الاستحسان وقاعدة المصالح المرسلة ، وهي أن الحكم الاستحساني في مسألة هو ما كان مخالفا لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد ، أما رعاية لمصلحة عامة كتضمين الاجراء العموميين ما في أيديهم من أموال الناس (ر : ف/١٨) ، وكتعجيل انحلال الزواج بين المرأة وزوجها المفقود (ر : ف/٣٠) ؛ وأما رعاية لمصلحة حقوقية جزئية[1] •

---

(١) من الامثلة التي يذكرها المالكية للاستحسان المبني على رعاية مصلحة جزئية ما لو اشترى احد شيئاً على انه بالخيار في ابرام العقد وفسخه خلال مدة معينة ــ وهو المسمى خيار الشرط ــ ثم مات المشتري قبل انقضاء المدة المضروبة ، فاختلف ورثته : فرضي بعضهم بابرام العقد ورفض بعضهم ، ولم يقبل البائع تجزئة المبيع • فمقتضى القياس أن ←

أما المصلحة المرسلة التي يبنى عليها الاستصلاح فلا يشترط أن يكون فيها مخالفة لقياس يعارضها • فقد يكون الحكم الثابت بها في الشؤون العامة التي لا يوجد في الشريعة دليل على خلافها ، بل المصلحة فيها هي الدليل الوحيد ؛ كفرض الضرائب الالزامية عند الحاجة ، وتحديد عقوبات الجرائم منعاً لفوضى الاحكام باختلاف أنظار الحكام ، وكالزام الحكومة الناس بالقضاء بمذهب فقهي مخصوص ، أو تقنين أحكام مدنية مختارة من عدة مذاهب فقهية اجتهادية معتبرة ، لكي يعلم الناس مصير معاملاتهم وعقودهم ، ويعرفوا وجهة القضاء فيها سلفا بصورة ثابتة مستقرة •

فكل ذلك وأمثاله مما تتجدد الحاجات فيه ولا تحصى لا يوجد في الشريعة دلائل قياسية تقتضي خلافه ، وانما هو استصلاح محض •

يقول الامام أبو اسحق الشاطبي في كتابه « الاعتصام » بعد ذكره مسائل من صور الاستحسان عند الامام مالك :

« فان قيل : هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان ؟

قلنا : نعم ، الا أنهم صوروا الاستحسان تصوير الاستثناء من

←

يبطل البيع في الكل • ولكنهم استحسنوا امضاء العقد على البائع اذا قبل من رضي من الورثة بأن يأخذ حصة من رفض • وذلك رعاية لمصلحة الوارث دون أن يتضرر البائع لانتفاء التجزئة •

وهذا الاستحسان في هذه المسألة لا يجري في الاجتهاد الحنفي لان من المقرر فيه أن خيار الشرط لا يورث ، فبموت صاحب الخيار خلال المدة المضروبة ينبرم العقد ويستقر ملك المشتري في المبيع نهائيا ان كان الخيار للبائع ، أو يثبت الملك فيه لورثة المشتري ان كان الخيار له فمات (ر : المجلة/٣٠٦) •

القواعد ؟ بخلاف المصالح المرسلة » ا هـ (الاعتصام ، ج ٢ ص/٣٢٤)[1] .

---

(١) ويقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (مالك) تعليقا على عبارة الشاطبي هذه :

« ومعنى هذا الكلام استثناء الاستحسان جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض الاجزاء . أما المصالح المرسلة فانها تكون حيث لا يكون ثمة دليل سواها .

وانا نجد أن ايثار المصلحة الجزئية ـ أي الاستحسان ـ هو بلا ريب أخذ بمبدأ المصالح المرسلة . ولذلك يقول علماء المالكية : ان الاستحسان هو ايثار للاستدلال المرسل ـ أي للاستدلال بالمصلحة المرسلة ـ على الاستدلال بالقياس .

ومؤدى ذلك أن المصلحة تعمل في حالين :

الحالة الاولى ـ حيث لا يكون في الموضوع قياس محمول على نص . وحينئذ تكون المصلحة هي الدليل وحدها ، وهي عند مالك أصل مستقل قائم بذاته .

الحالة الثانية ـ اذا كان ثمة قياس يوقع اطراده في مشقة أو ضيق ، أو ينافي مصلحة ظاهرة . فحينئذ يترخص في ترك القياس لهذا النفع المجتلب ، ولذلك الضرر المجتنب . وسمي هذا النوع الذي قوبل بالقياس « **استحسانا** » أ هـ .

(عن كتاب « **مالك** » القسم الثاني ،ف/١٧٩/ باختصار وتصرف يسير) .

أقول :

يتضح مما تقدم أن النسبة بين الاستحسان والاستصلاح هي من قبيل العموم والخصوص المطلق .

فالاستصلاح أعم والاستحسان أخص . فكل استحسان هو وجه من الاستصلاح خولف فيه القياس ، وليس كل ما بني من الاحكام على قاعدة المصالح المرسلة يعد استحسانا ، لان الاستحسان هو الطريق الذي فيه مخالفة للقواعد القياسية .

٢٩ ـ أنواع الاحكام التي تبنى على نظرية المصالح المرسلة :

الاحكام التي تبنى بالاجتهاد الاستصلاحي على قاعدة المصالح المرسلة يمكن تصنيفها الى نوعين :

النوع الاول الاحكام التي تتعلق بشـؤون الادارة العامـة المنظمـة لمصالح المجتمع ، وهي التدابير التي يتوقف عليهـا تنظيم تلك الشـؤون والمصالح العمة ، وذلك كفرض الضرائب على المقتدرين عند الحاجة الى الاعمال كتجهيز الجيوش ، وبناء الجسور ، وتخطيط الاراضي واحصاء النفوس ، وتعبيد الطرق ، وانشاء المستشفيات ودور العجزة ، وسائر وجوه الضمان الجماعي الذي ينفي البؤس ، ويكفل العمـل لمن يريده ويحقق لجميع الناس المستوى اللائق في المعيشة والمرافق الضرورية لحياتهم •

فكل تلك المصالح الحيوية وأمثالها مما هو معروف ومحتاج اليه ، أو سيتولد وتحتاج اليه الحياة العامة ، يجب أن يتعاون عليه أفراد المجتمـع ويمولوه بحسب قدرة كل منهم وفقا لاوامر الشريعة التي يقول قرآنها :

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »

فانشاء المؤسسات اللازمة لكل مشروع من هذا القبيل ، وتمويل تلك المؤسسات العامة بالضرائب والجباية العادلة بحسب الحاجة ، هـو أحكام استصلاحية •

ومن هذا القبيل تحديد الاسعار ، كي لا يطغى الباعة فيها ويتحكموا بحوائج الناس •

ومن هـذا القبيل أيضـا ما أحدثه عمر بن الخطاب الخليفة الثاني

(رضي الله عنه) من انشاء الديوان لضبط عطاء الجند وأرزاقهم ومـدة خدمتهم الخ .. ثم عممت الدواوين في مصالح أخرى .

ومن هذا القبيل أيضـا في عصرنا الحاضر تنظيم السـير في الطرق الداخلية والخارجية بأنظمةخاصة بعد حدوث السيارات الآلية ،منعاً للدعس والاصطدام ، وصيانة لارواح الناس .

وكل ذلك هو مقتضى الولاية العامة لصاحب السلطة العليا في الدولة من خليفة أو غيره ؛ فان له ، أن ينظم الاوضاع ، ويؤسس المؤسسات ، ويسن الانظمة اللازمة لانشاء هذه الاعمال وتمويلها وادارتها ، وأن يفرض العقوبات على المخالفين بحسب ما يجد من الدواعي الجديدة ، كل ذلك وفقا لقواعد الشريعة ومقاصدها .

النوع الثاني ـ الاحكام التي تتعلق بالنظـام القضـائي والحقوق الخاصة . واليك الامثلة الواقعية في كلا الموضوعين :

٢/٢٩ ـ أ ـ في النظام القضائي :

من الامثلة الواقعية على هذا النوع التدابير والاحكام التالية :

١ ـ تخصيص القضاء من حيث الموضوع بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة مختصة تنظر فيه ويمتنع عليها النظر في سواه ؛ كالمحاكم الجنائية لمحاكمة المجرمين ، والمحاكم الحقوقية للنظر في دعاوى الحقوق المالية ؛ الى غير ذلك من المحاكم المختصة بحسب الدواعي الزمنية ، وكثرة الدعاوى والانظمة ، وحاجتها الى الاخصـاء في العلم ، والاختصـاص في توزيع العمل .

٢ ـ جعل القضاء والمحاكم على درجات (اثنتين أو ثلاث) بحيث

يكون أمام المحكوم عليه طريق للطعن في الحكم الصادر عليه أمام محكمة أعلى تستطيع فسخه أو تعديله اذا وجدت فيه جورا أو خطأ •

٣ ـ منع القضاة من سماع الدعاوى بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به زمنا طويلا معيناً بلا عذر ، وذلك للشك عندئذ في أصل الحق وفي اثباته بعد التقادم ، ولتلخيص القضاء من الارتباك في نبش الوقائع القديمة ، ولحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم اهمالها • وهذا التدبير القضائي هو المعروف بقضية التقادم ، أو مسألة مرور الزمان التي أقرها متأخرو الفقهاء وصدرت بها الاوامر السلطانية في العهد العثماني (ر : ف/٢٠ الحاشية) •

٣/٢٩ ـ ب ـ في الحقوق الخاصة :

من أمثلة هذا النوع القضايا التالية :

١ ـ الحكم بانحلال الزواج بين المفقود[١] وزوجته بناء على طلبها وان لم يثبت موته ، وذلك بعد مضي أربع سنوات على فقدانه في حال السلم ، أو سنة واحدة اذا فقد في حرب ، فعندئذ يسوغ لزوجته أن تتزوج غيره بعد أن يقضي القاضي بانحلال الزوجية ، وتمضي الزوجة عدتها الشرعية ، دفعا لضرر الزوجة من بقائها معلقة مدى العمر ، ولو كان للزوج المفقود مال كاف لنفقتها •

بهذا قضى عمر بن الخطاب ، وعليه جرى الاجتهاد المالكي تبعاً

---

(١) المفقود هو الشخص الذي انقطعت أخباره ولا يعلم له مكان ، ولا يعرف هل هو حي أو ميت •

فاذا كان معلوم الحياة فهو عندئذ غائب لا مفقود •

لقضاء عمر[1] ؛ وبه أيضا أخـذ قانون حقوق العائلة الصادر في العهد العثماني والذي كان معمولا بـه لدينا[2] ، وقانون النفقـة والأحـوال

---

(١) لم يأخذ الاجتهادان الحنفي والشافعي بهذا الحكم ، بل أوجبا تطبيق **قاعدة الاستصحاب** العامـة في قضية المفقود بالنسبة الى زوجتـه وبالنسبة الى أمواله عـلى السواء . لكن الاجتهاد الشافعي يسوغ لزوجة الغائب طلب التفريق لعدم الانفاق اذا لم يترك لها مالا للنفقة .

وقاعدة الاستصحاب تقضي بأن « **الاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل عـلى خلافه** » : فمن كان مدينا مثلا يستمر مدينا حتى يثبت سقوط دينه ومن كان غـير مدين يستمر كذلك حتى يثبت شغل ذمتـه بالاستدانة أو بغيرها من أسباب الالتزام ، وهكذا ...

والمفقود كان حيا ، فالاصل استمرار حياتـه حتى يثبت موته ، أو حتى يموت أقرانه في بلده فيغلب على الظن عندئذ وفاته . وقبل ذلـك لا توزع أمواله بين ورثته ، فكذلك تبقى زوجته على عصمته .

ولا يخفى أن هذا الاجتهاد ـ وان كان من الوجهة النظرية منسجما وجاريا على قاعدة قياسية ـ يؤدي الى حرج عظيم بالنسبة الى الزوجة . فان في الحقوق الزوجية اعتبارات تختلف عن الحقوق المالية . فاذا لم يكن في بقاء المال محتجزا دهرا طويلا ضرر أو مفسدة ، فان في بقاء الزوجة بلا زوج ضررا عظيما لها لاتقره مقاصد الشريعة ، وقد يؤدي الى مفاسد . فقياس الزوجية على المال قياس مع الفارق . ولمعالجة مثل هذه المشكلات فتح في أصول الشريعة طريق الاستحسان والاستصلاح لاجتناب نتائج غلو القياس، وعلاجا لمشكلات القواعد النظرية عندما يكون لبعض الحوادث اعتبارات وملابسات خاصة يؤدي معها تطبيق القواعد القياسية الى محاذير .

(٢) كان هذا القانون معمولا به لدينا حتى سنة ١٩٥٣ ميلادية حيث صدر في سورية قانون الاحوال الشخصية الجديد ، فنسخ قانون حقوق العائلة العثماني المذكور .

وقد قرر هذا القانون الجديد ـ الذي استمدت أحكامه الشرعية من مختلف المذاهب الفقهية ـ في المادة /١٠٩/ منه أن للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها اذا غاب عنها بلا عذر مقبول بعد سنة من غيابه ولو ترك لها مالا تنفق منه .

فشمل هذا الحكم المفقود ، والغائب المعلوم الحياة .

الشخصية الذي أصدرته الحكومة المصرية / ١٩٢٠ م تحت رقم / ٢٥٠

٢ ـ فتوى المتأخرين من فقهاء المذهب الحنبلي ، ثم الحنفي بعدم نفاذ التصرفات المالية الصادرة من المدين بدين مستغرق ولو كان غير محجوز عليه قضائيا الا فيما يزيد من أمواله عن وفاء الدين ، وذلك كيلا يلجأ بهذه التصرفات من هبة ووقف ونحوهما الى تهريب أمواله من وجه الدائنين كما سيأتي ايضاحه في محله (ر : ف ١٩٤/٣ و ٥٤٣) ٠

٣ ـ الاحكام القانونية التي تقضي اليوم بأن هذه العقود العقارية لا تكسب المتعاقد حقوقا عينيه في العقار ما لم تسجل في السجل العقاري ، وذلك لمقاصد تنظيمية واصلاحية عديدة ، منها منع صاحب العقار من التلاعب والاحتيال على الناس بأن يبيع عقاره مثلا من عدة أشخاص على التعاقب ، أو يرهنه لديهم ويأخذ منهم جميعا أثمانا أو ديونا دون أن يدري اللاحق منهم بعقد السابق[1] ٠

---

(١) القوانين العقارية اليوم في الدول تختلف في موقفها من العقود العقارية اذا أجريت بصورة عادية بين المتعاقدين دون أن تسجل في السجل العقاري ٠

ـ فبعض قوانين الدول تعتبر هذه العقود باطلة من أصلها لا تنشىء أثرا ما بين العاقدين نفسهما ولا تجاه الغير ، بحيث أن العاقد اذا نكل عن تسجيل عقده في السجل العقاري فليس للعاقد الآخر أن يلزمه بالتسجيل بقوة القضاء ، لبطلان العقد ٠

ـ وبعض القوانين تعتبر العقد غير المسجل في السجل العقاري منعقدا وملزما لهما لكن لا يترتب عليه آثاره تجاه غيرهما ما لم يسجل في السجل العقاري ، فاذا نكل أحدهما عن التسجيل حق للآخر أن يقاضيه ويقضي عليه بالتسجيل ٠ فاذا كان العقد بيعا مثلا فانه قبل التسجيل يبقى المالك بالنسبة الى المستأجر هو البائع ، فيدفع المستأجر الاجرة الى البائع لا المشتري ٠ وعلى هذا جرى قانوننا المدني الجديد ٠

٤ ـ ومن هـذا القبيل أيضا المنـع القانوني من اثبات الاقرار الذي يدعى وقوعه خارج مجلس القضاء الا ببينة خطية ، فلا يقبل اثباته بالبينة الشخصية ، أي شهادة شهود ، وذلك لكثرة حوادث تزوير الشهادة على الاقرار وسهولة هـــذا التزوير ، فتموت بـه الحقوق ، وترد دعاوى أصحابها •

فكل من ثبت عليه حق فانه لا يقبل منه أن يثبت اقرار صاحبه بخلافه خارج مجلس القضاة الا بوثيقة مكتوبة • وهـذا المنع القانوني منذ العهد العثماني في هذه البلاد[١] •

٢٩/٤ ـ كل ذلك انما هو من قبيل بناء الاحكام على مقتضى المصالح المرسلة في باب الحقوق الخاصة •

ويلاحظ هنا أن معظم أمثلة هذا النوع تعد أيضا من قبيل الاستحسان لانها تقوم على أساس الترخص في مخالفة قواعد قياسية كانت تقتضي خلاف هذه الاحكام •

فقد كان مقتضى القواعـد القياسية صحة العقـود العقاريـة وترتب آثارها عليها ولو عقدت سرا بين العاقدين أسوة للعقار بغيره من الاموال ؛ وكذا بقاء زوجة المفقود حتى تثبت وفاته أو يموت أقرانه ؛ وسماع الدعوى بالحق مهما تقادم •

---

(١) يلحظ في هذا المقام أن قانون البينات الجديد الصادر في سورية سنة ١٣٦٦ هـ ـ ١٩٤٧ م أصبح يسوغ اثبات الاقرار الواقع خارج مجلس القضاء بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية مطلقا ، وفي التعاقدية التي لا تتجاوز قيمتها مائة ليرة سورية ، ووفقا لقواعد الاثبات العامة المقررة في القانون ، كما يظهر من المواد / ٥٢ ـ ٥٨ و ٩٥ و ١٠٢ / من القانون المذكور •

فتلك الاحكام والتـدابير الاستثنائيـة التي قررت في هـذه الامثلة وأمثالهـا هي استصلاح بالنظـر الى المصلحـة التـي أوجبتها ؛ وهي في الوقت نفسه استحسان بالنظـر الى أنهـا قـد خولفت فيهـا القواعـد السـياسية ، عـلى ما سبق بيـانه من الوفـق والفرق بـين الاستحسان والاستصلاح .

٣٠ ـ الاستحسان والاستصلاح في الموازين الاجتهادية :

اختلفت الانظار الاجتهادية في اعتبار الاستحسان والاستصلاح :

فقد فتح الاجتهاد الحنفي طريقة الاستحسان وسماها بهذا الاسم ، وأسسها على نظام مضبوط عنـدما لمس الحاجة الى معالجـة غلو القيـاس ومشكلاته بنظر مستمد من أساليب الشريعة نفسها في عـلاج المسـاوىء والطوارىء ، ومن مقاصدها العامة في العدل والاصلاح .

وقد رأينا في بحث الاستحسان أن الاجتهاد الحنفي يقسمه الى نوعين: الاستحسان القياسي ، واستحسان الضرورة . فالاستحسان القياسي ليس مقصودا هنا في هذه الموازنة لانه ضرب من القياس كما تقدم ، وانما المقصود هنا هو استحسان الضرورة لانه هو شقيق الاستصلاح .

وقد رأينا أيضا هنـاك ان استحسـان الضرورة عنـد الحنفية يستند الى رعاية المصلحة تعديلا لطريق القياس عندما يؤدي القياس الى احراج ، لان من قواعد الشريعة رفع الحرج . فهو ، أي الاستحسان عند الحنفية ، التفات الى مقاصد الشريعة العامـة في ابتغـاء الاصلح ، وكان يسمى هـذا الالتفات باسم « الرأي » في العصر الاول ، ثم سمي باسم الاستصلاح فيما بعد ، أو المصالح المرسلة .

والظاهر من نظرية الاجتهـاد الحنفي في الاستحسان ومن عبـارات

فقهائه انهم لا يعدونه مصدرا مستقلا زائدا عن المصادر الاربعة الاساسية ، وانما يرونه طريقا متفرعا من القياس المشروع باتجاه معاكس له يسلك لمعالجة ما يظهر من مساوىء القياس ، بناء على قاعدة الضرورة ورفع الحرج .

٢/٣٠ ـ ثم جاء الاجتهاد المالكي فابرز نظرية المصالح المرسلة في صورة أعم ، بحيث جعل الاستحسان فرعا منها مخصوصا بحال مخالفة القواعد القياسية عندما تقضي المصلحة بمخالفة تلك القواعد اجتنابا لمشكلة يؤدي اليها القياس كما تقدم ، بينما كانت فكرة المصالح في طريقة الاجتهاد الحنفي تعد هي فرعا من الاستحسان ، لان الحنفية اتخذوا من استحسان الضرورة الذي يخالف فيه مقتضى القواعد القياسية نقطة انطلاق تؤدي حتما الى اعتماد المصالح المرسلة التي لا مخالفة فيها لشيء من القواعد .

والمعروف عن الاجتهاد المالكي أنه يعتبر المصالح المرسلة مصدرا مستقلا دلت على اعتباره نصوص الشريعة كما دلت على القياس ، فتبنى على أساسها الاحكام الشرعية عند فقدان النص التشريعي في الحادثة أو فيما يشابهها ؛ فتكون المصالح هي الدليل عندما لا يكون دليل سواها ، كما يخالف بها القياس المستند الى نص في الحوادث المشابهة عندما يؤدي اطراد القياس الى خلاف المصلحة . وهذه الحالة الاخيرة يبرز فيها النظر الى المصالح المرسلة في صورة الاستحسان المخالف لمقتضى القياس (ر : ف/٢٨/ الحاشية) .

ومن هنا يلوح لنا وجه الاتفاق بين المذهبين الحنفي والمالكي في نظرية الاستصلاح : فالفكرة فيهما واحدة ، ولكن المذهب المالكي لتأخره عن الحنفي في التاريخ تركزت فيه الصياغة الفنية الفقهية لقاعدة المصالح المرسلة وشرائطها ، فبرزت فيه واشتهر بها .

٣/٣٠ ـ ثم ظهر الاجتهاد الشافعي بانكار نظريتي الاستحسان والمصالح المرسلة بحجة أن الشريعة الاسلامية قد تكفلت ببيان كل ما يحتاج الانسان الى معرفته من الاحكام اما بالنص الصريح ، أو بالاشارة ، أو بطريق القياس المشروع ، وان الاستحسان لا ضابط له ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل . فلو جاز لكل مفت أو حاكم أو مجتهد أن يستحسن لاصبح الامر فرطاً .

وقد عقد الامام الشافعي في كتاب « الام » بحثاً خاصاً سماه « كتاب ابطال الاستحسان »[1] .

يقول الشافعي فيما يؤثر عنه « **ليس للمجتهد ان يشرع ومن استحسن فقد شرع** » . أي ان مهمة المجتهد هي أن يقرر أحكام الشريعة لا أن يشرع أحكاما من عنده ، فاذا لجأ الى الاستحسان فقد تولى التشريع . وهذا من الامام الشافعي رضي الله عنه فيما نرى غلو . فان من لجأوا من المجتهدين الى الاستحسان والاستصلاح انما سلكوا طريقاً فتحته لهم الشريعة ، ودلتهم عليه دلائل نصوصها وقواعدها ومقاصدها .

وكذلك عد الغزالي الشافعي في كتابه « المستصفى » الاستحسان والاستصلاح من الادلة الموهومة ، ويعتبرها من قبيل الحكم بالتشهي والهوى المجرد عن دليل شرعي (المستصفى ج١ ص/١٣٧ ـ ١٤٤/ طبعة المطبعة التجارية سنة/١٣٥٦ هـ) .

---

(١) ـ يلاحظ ان الاستحسان في تعبير الشافعي يشمل ما يسمى في العرف **الفقهي** بالمصالح المرسلة والاستحسان عند الحنفية والمالكية (ر : كتاب « **مالك** » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ف/١٨٨ الحاشية ، وكتابه « **الشافعي** » أيضا ، ص/١٢١/ الطبعة الاولى) .

ولكنه لم يرد بذلك ما يشمل الاستحسان القياسي عند الحنفية ، وأحكام الضرورات الملجئة ، بل أقر ذلك اذ لا مجال للشبهة فيه ، ولكنه رده الى القياس[1] •

٤/٣٠ ــ ثم جاء الاجتهاد الحنبلي فنحا منحى الاجتهاد المالكي في اعتبار المصالح أصلاً يعتمد عليه في تقرير الاحكام •

ففي هذا الاجتهاد يستطيع الفقيه أن يحكم بأن كل عمل فيه مصلحة غالبة يعتبر مطلوباً شرعاً من غير ان يحتاج الى شاهد خاص من نصوص الشرع لهذا النوع ؛ وكل أمر ضرره واثمه أكبر من نفعه فهو منهي عنه من غير أن يحتاج الى نص خاص •

---

(١) ــ وجوابا على النظر الشافعي من ان الاستحسان لا ضابط له وانه قول بالتشهي المجرد عن الدليل يقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة حفظه الله في كتابه « مالك » نقلا عن كتاب « الاعتصام » للامام الشاطبي المالكي صاحب « الموافقات » :

« وقد لاحظ الدارسون للمذهب المالكي المتعرفون لمناهج الاستنباط فيه ان استرسال مالك في الاخذ بالمصالح المرسلة كان يتجه فيه الى قيود تنفي محاذيره حتى لا يكون تقدير المصلحة تابعا للاهواء والشهوات • وتلك القيود هي :

١ ــ الملاءمة بين المصلحة الملحوظة ومقاصد الشرع بحيث لاتنافي اصلا من أصوله ولا دليلا من أدلته القطعية ، بل تكون من جنس المصالح الكلية التي قصد الشارع الى تحصيلها وان لم يشهد دليل خاص باعتبارها •

٢ ــ ان تكون معقولة في ذاتها بحيث اذا عرضت على أهل العقول تلقتها بالقبول •

٣ ــ أن يكون في الاخذ بها رفع حرج في الدين ، بحيث لو لم يؤخذ بتلك المصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج ، والله تعالى يقول : **وما جعل عليكم في الدين من حرج** » اهـ (باختصار وتصرف يسير) •

ولكن الحنابلة ، على التحقيق ، لا يعتبرون المصالح المرسلة مصدراً مستقلاً بذاته كما يعتبرها المالكية ، بل يراها الحنابلة ضربا من ضروب القياس تابعة له وهي في مرتبته اعتبارا (ر : كتاب « ابن حنبل » للاستاذ ابي زهرة ايضا ص/٣٠٣/ الطبعة الاولى) .

٣٠/ه ـ وقد غالى بعض الشيعة ، وهو سليمان الطوفي ، في اعتبار المصلحة ، فجعلها مقدمة على النصوص القطعية اذا عارضتها[١] . وهذا رأي خطر جدا يؤدي الى تعطيل النصوص التشريعية بنظر اجتهادي محض . ولو جاز أن تتقبل أمة من الامم هذا الرأي على اطلاقه في تشريعها وتسمح به لرجال الحقوق والقضاء في اجتهادهم لسادت الفوضى في العمل بالشريعة والقانون : فمن تراءت له مصلحة في القانون عمل به ، ومن تصور فيه مفسدة نبذه وفي ذلك منتهى الاضطراب والتخبط[٢] .

لذلك وجدنا أئمة فقهاء الشريعة الاسلامية مجمعين على رفض هذا

---

(١) ـ نقل ذلك المحقق الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « **مالك** » الذي أصدره سنة (١٣٦٥) هـ ، وعد فيه الطوفي من الحنابلة .

ثم لما أخرج الاستاذ أبو زهرة كتابه « ابن حنبل » حقق فيه أن الطوفي شيعي يقول في ذلك بما تقول الشيعة الامامية .

لكن الاستاذ الكبير السيد عبد الحسين شرف الدين شيخ علماء الشيعة الامامية في جبل عامل كتب مقاله في مجلة العرفان (عدد رجب/١٣٧٣/هـ) يبرىء فيه مذهب الامامية من رأي الطوفي ، ويعده من الغلاة (ر : المدخل الى علم أصول الفقه » للزميل الاستاذ المحقق معروف الدواليبي ص/٢١٦ـ ٢١٧/ الطبعة الثانية .

(٢) ـ ر : « المدخل الى علم أصول الفقه » أيضا ص/٢١٦ ـ ٢١٩ .

الغلو ؛ ورأينا أن الذين أخذوا بقاعدة الاستصلاح قد أقاموا في طريق تمييز المصلحة من المفسدة ، وتحديد حدودهما ، ضوابط كفيلة بهذا التمييز والتحديد مستمدة من مقاصد الشرع العامة التي تسمى اليوم : **غرض الشارع** ، وذلك لمنع الفوضى في الفهم والتقدير ، لأن المصلحة والمفسدة يجب تحديدهما وفقاً لنظر الشرع واعتباره ، لا للنظر الذاتي أو الفردي كما سلف بيانه (ر : /ف ٢٥ ـ ٣٦) .

وقد رأينا ايضاً ان في طليعة تلك الضوابط التي أقيمت لمنع التخبط من طريق الاستصلاح ان تكون المصلحة المبني عليها الحكم **مصلحة مرسلة** ، أي لا يوجد في الشريعة نص عليها آمر أوناه ، يتناولها بعينها او نوعها وأن يكون فيها دعم لاحدى الزمر الثلاث من الاحكام المنظمة للحياة الاجتماعية وهي

الضروريات ، والحاجيات ، والتحسينيات .

فاذا عارض المصلحة نص شرعي فالعلماء عندئذ لا يرجحونها على النص ترجيحا مطلقا (كما يريد الطوفي) ، بل لهم تجاهها موقف تفصيلي سنراه قريباً (ر : ف/٣١ ـ ٣٥) .

هذا مقام الاستحسان والاستصلاح في هذه الاجتهادات الاربعة[1] ولا شك ان الاخذ بالمنهاج الذي سلكه فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة يجعل الشريعة الاسلامية خصبة مثرية منتجة مشبعة لحاجات الناس في كل عصر وفي كل مكان[2] (ر : كتاب « مالك » قسم

---

(١) ـ مما يلاحظ في هذا الشأن أن الامام الشافعي تلميذ الامام مالك ، وان الامام احمد بن حنبل تلميذ الشافعي .

(٢) يقول القرافي المالكي في كتابه « تنقيح الفصول » ص (٢٠٠) : « **المصلحة المرسلة غيرنا يصرح بأنكارها ، ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة ، لايطالبون أنفسهم عند الفروق** ←

٢ ف/١٨٧ و ١٨٨) ٠

٣٠ - ٦/ ملاحظة :

يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد ابو زهرة في كتابه « ابن حنبل » بأن الحنفية كالشافعية لا يعتمدون المصالح المرسلة ، وليس لها في

←

والجوامع بابداء الشاهد لها بالاعتبار ، بل يعتملون على مجرد المناسبة - أي كون الشيء أنسب واوفق - ، هذا هو المصلحة المرسلة » ٠

(ر : كتاب « مالك » للاستاذ أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/١٧٤ و ٢٠٩) ٠

وقد اوضح الامام الشاطبي في كتابيه « الموافقات » و « الاعتصام » وكذا غيره من الفقهاء الاصوليين النظار ، أن أحكام الشريعة قسمان :

الاول - ما يتعلق بشؤون الآخرة ، وهو العبادات ٠

والثاني - ما يتعلق بتنظيم شؤون الدنيا ، وهو ما سوى العبادات من الامور العادية والتعاملية ونحوها ٠

- فالقسم الاول ، اي العبادات ، لا يسوغ البحث فيه عن العلل والمصالح لربطه بها ، وانما الامر فيه مبني على الاتباع التعبدي ٠

- وأما القسم الثاني ، وهو الذي يتكون منه تشريع النظم التعاملية ، فانه معلل بمصالح العباد ، ومرتبط بالمعاني المصلحية في هذه الحياة كما تفيده نصوص الشريعة نفسها ٠

وقد توسع الامام مالك رضي الله عنه في النظر الى تلك العلل والمعاني المصلحية في هذا القسم ، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة وبالاستحسان ، وثبت عنه انه قال : « **الاستحسان تسعة اعشار العالم** » (ر : الموافقات ٢/٣٠٧) ٠

وكتاب الموافقات هذا للامام الشاطبي ابراهيم أبي اسحق الغرناطي المتوفى سنة (٧٩٠) للهجرة هو اجل كتاب عرفناه في أصول الفقه ومقاصد الشريعة ، أتى فيه مؤلفه الموفق رحمه الله بعجائب التفكير السديد والبصر الفقهي والاسلوب المبتكر ، وهو أربعة أجزاء ٠

الاستدلال عنـدهم اعتبار ، وان كان الاستحسان عند الحنفية يفتـح بابـا قليلا لها • (كتاب « ابن حنبل » ص/٣٠٣) •

وقد سبقه الى هذا الآمدي في كتابه « اصول الاحكام » •

ولكننا لا نرى هذا الحكم صوابـا فالحقيقة بالنسـبة الى الحنفيـة خلافه وهم متفقون مع المالكية كمـا بينا عنـدما صنفنا الاجتهادات بالنسبة الى الاستحسان والاستصلاح •

فقد تقدم أن الاجتهاد الحنفي قد أسس نظريـة الاستحسان الـذي هو كما رأينا خروج عن النظـائر والقواعد القياسية العامـة لوجهـة أقوى أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة •

فاذا كان الحنفية يقـولون باعتبـار المصلحـة ، والخروج لاجلهـا استحسانا عن طريق القواعـد القياسـية اذا عارضتها ، فانهـم يوجبـون اعتبار المصلحـة المرسلة وبنـاء الاحكام عـلى مقتضاها بطريق الاولويـة عندما لا تعارضها القواعد القياسية • وهذا هو معنى الاستصلاح كما تقدم في الفرق بين الاستحسان والاستصلاح •

فلا يعقل أن من يقول بالاستحسان لا يقـول بالاسـتصلاح ، لأن الاستحسان هو نهاية الشـوط ؛ فمن بلغها فقـد اجتـاز ما دونهـا حتما (ر : « المدخل الى علم أصول الفقه » ، للاستاذ الدكتور معروف الدواليبي ص/٢١٤ و ٢٨٧ ـ ٢٨٨/ الطبعة الثانية) •

ولعل سبب هذا الاشتباه هو أن اسم المصالح المرسلة قد ظهر وشاع في اصطلاح المالكية بعد أن ظهر وشـاع اسـم الاستحسان في اصطـلاح الحنفية • فاختلاف الاسم كان مدعاة لهذا الاشتباه والظن •

فالفرق في نظرنـا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضـوع انما هو اختلاف في الاصطلاح ، لا خلاف في الاستصلاح[1] •

٣١ ـ تعارض المصالح المرسلة مع نصوص الشريعة :

رأينا فيما سلف من تعريف المصلحة المرسلة أنهـا هي التي تتفق والمقاصـد العامة للشريعة ، دون أن يكـون هنـاك نص شرعي عليهـا أو على ما يماثلها بحيث يمكن أن تقاس عليه •

فالمفروض اذن في الامـور والاحكام التـي يبنيها الاجتهـاد الفقهي على قاعدة المصالح انـه لا يوجـد نص شرعي يأمر بهـا ، أو يأمر بأمـر تجمعها به علة مماثلة بحيث يمكن أن تقاس عليه ؟ اذ لو كان مثل هـذا النص موجودا في الموضوع لكان الحكم المطلوب مضافا اليه أو الى القياس المبني عليه ، لا الى مجرد المصلحة التي اوجب الشرع الاسلامي رعايتها بوجه عام (ر : ف/٢٣) •

ولكن العكس ممكن التصور والوقـوع ، وهو أن يعترض سـبيل المصلحة المتفقة مع مقاصد الشريعـة نص شرعي مانع ، فهل يعمل عندئـذ بالنص دون المصلحـة أو بالمصلحة دون النص ، ما هـو المـوقف الفقهي في ذلك ؟

ان النصوص الشرعية نوعان :

---

(١) والتمثيل الصحيح في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع هو ان النظر الى المصالح في بناء الاحكام الشرعية نظير طريق أحد راسيه الاستحسان ، والآخر الاستصلاح ، بالمعنى المشروح فيهما :

فالحنفية دخلوا من باب الاستحسـان الى الاسـتصلاح ، والمالكيـة بالعكس ، وكل منهما اشتهر بالباب الذي دخل منه •

- نصوص خاصة ترد عن الشارع في أشياء محدودة ، وحالات معينة مخصوصة فتأمر بها أو تنهى عنها بخصوصها[1] .

- ونصوص عامة ذات شمول واحاطة يدخل تحت حكمها أمور وحالات وأفراد كثيرة متجانسة[2] .

ثم ان النص الشرعي قد يكون قطعيا في دلالته على المعنى المراد ، وفي ثبوت نقله عن الشارع ؛ وقد يكون غير قطعي في احدى هاتين الجهتين : أي الدلالة ، أو الثبوت[3] .

٣٢ - (أ) - المصلحة تجاه النص القطعي :

فاذا كان النص قطعيا في دلالته وثبوته لا يتصور أن تعارضه

---

(١) كنهي النبي عليه السلام عن **خطبة الانسان على خطبة اخيه ، أو سومه على سوم اخيه** . أي لا يجوز لأحد ، اذا رأى غيره يخطب امرأة للزواج ، أو يساوم بائعا على شيء ليشتريه منه ، أن يأتي هو فيزاحمه على الخطبة أو الشراء ، بل عليه أن ينتظر ، فاذ لم يتم الاتفاق بين الطرفين تقدم هو للطلب .

(٢) كنهي النبي عليه السلام عن **بيع الغرر** (بفتحتين) ، أي بيع الاشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود ، لما فيه من مغامرة وتغرير يجعله أشبه بالقمار ، كبيع **ضربة القانص أو الغائص** ، أي ما ستخرجه شبكة الصياد من سمك ، أو غوصة الغواص من لؤلؤ . فهذا نص عام يدخل تحته جميع أنواع الغرر . (وانظر ما سيأتي في معنى النص العام ف/٥٠٩) .

(٣) ومن هذا القبيل ، أي غير القطعي ، جميع **النصوص العامة** في القرآن أو في السنة النبوية في نظر معظم أئمة الفقه الاسلامي سوى الحنفية ، فان النص العام هو في نظر جمهور الائمة غير قطعي الدلالة بسبب عمومه . وكذا نصوص الحديث النبوي الثابتة **برواية الآحاد** ولو بطرق صحيحة ، فانها عندهم غير قطعية الثبوت بوجه عام ولو كانت قطعية الدلالة على المعنى المراد .

مصلحة تقتضي خلافه ، لأن معيار المصلحة هو النظر الشرعي ٠

فما نظنه مصلحة بنظرنا الخاص وهو معارض لنص قطعي هو عندئذ مفسدة في نظر انشارع من وجوه أخرى راجحة ٠ فلا شك في لزوم العمل بالنص دون هذه المصلحة الموهومة ٠ وهذا متفق عليه بين أئمة فقهاء الشريعة ، الا بعض شذوذات فردية من أناس لا يعول عليهم كسليمان الطوفي من غلاة الشيعة ٠

مثال ذلك أن القرآن قد أوجب على المرأة المتزوجة ، عند انحلال الزواج بالطلاق ، أن تتربص (أي تنتظر دون زواج جديد) مدة ثلاثة أدوار طمثية ان كانت تحيض ، أو ثلاثة أشهر ان كانت لا تحيض ٠

وعند التأيم ، أي انحلال الزواج بوفاة الزوج، أوجب عليها أن تتربص كذلك أربعة أشهر وعشرة أيام ٠ واذا كانت المرأة حاملا فعدتها تمتد حتى وضع الحمل في جميع الاحوال ٠ وذلك لاعتبارات شرعية أهمها صيانة الانساب من الضياع بالاختلاط ؛ لأن المرأة اذا تزوجت اثر انحلال الزواج السابق ثم ظهر بها حمل فانه لا يعرف من أي الزوجين هو ؟

فهذا نص قطعي الدلالة والثبوت في وجوب العدة وفي المدة ٠

فمهما تصور أحد من مصلحة في اهمال العدة أو في نقص مدتها لا ينهض ذلك حجة في وجه هذا النص القاطع ، ولا يصح زواج المرأة قبل انقضاء عدتها ، لأن مراد الشارع واضح كل الوضوح من النص ، وهو لم يهمل اعتبار المصلحة التي نتصورها في الموضوع الا لأنه يرى في مقابلها مفسدة أعظم منها ٠. وقد قدمنا أن كل أمر فيه جهتا نفع وضرر ، وانما العبرة للجهة الراجحة (ر : ف ٢/٣٦) ٠

٢/٣٢ ـ (ب) ـ المصلحة تجاه النص غير القطعي :

أما اذا كان النص غير قطعي في دلالته أو في ثبوته فان الاجتهادات مختلفة في جواز تقييده وتخصيصه بالمصلحة عند التعارض :

١ ـ فالاجتهادات التي تشجب نظريتي الاستحسان والاستصلاح وترفضهما ، كالاجتهاد الشافعي ، لا تقبل تخصيص النص ـ ولو كان غير قطعي ـ بالمصلحة ، لأن من يرفض تحكيم المصلحة المرسلة عند فقدان النص ، فعند معارضة النص لها يرفضها بطريق الاولوية •

لكن اذا اعترض سبيل تطبيق النص ضرر عارض فعندئذ تحكم قاعدة الضرورات ، واختيار أهون الشرين ، فان الضرورات تبيح المحظورات •

ويرى الامام الغزالي في هذا المقام أنه اذا طرأت ظروف عارضة تقتضي المصلحة فيها مخالفة النص الشرعي ، وكان يترتب على التمسك بالنص ضرر عام محيط فان رعاية المصلحة هنا على خلاف مقتضى النص واجبة ولا يمكن الاختلاف فيها •

مثال ذلك ما لو تترس الاعداء المحاربون بجماعون من أسرانا الذين في أيديهم ، وكان يخشى من ترك الاعداء أن يظهروا علينا ، فانه يجوز بل يجب رميهم بالسلاح وان ترتب عليه قتل من تترسوا بهم من جندنا المعصومة دماؤهم بالنص القرآني القاطع • (المستصفى للغزالي بحث الاستصلاح) •

وهذا مثال متفق عليه وقد نص عليه فقهاء المذهب الحنفي ، وعللوه بأننا اذا لم نضرب حرصا على أرواح من تترسوا بهم من أسرانا تمكن العدو بذلك من الاستيلاء علينا ثم يقتلهم ويقتلنا • فالتضحية بالاسرى

لدفع العدو وانقاذ الناس أهون الشرين • ولكن من حيث النية يجب عندئذ على الرماة في حكم الديانة أن يقصدوا بالرمي العدو ، لا من تترس بهم من جماعتنا • (ر : الدر المختار ورد المختار ٣/٢٢٣) •

فأنت ترى أن الشافعية يشترطون للعمل بالمصلحة على خلاف مقتضى النص أن تصل المصلحة الى درجة الضرورة تطبيقا لقاعدة أهون الشرين في الظروف الطارئة الاستثنائية • وهذا كما قلنا محل اتفاق حتى تجاه النصوص القطعية • أما في الحالات العادية العامة التي هي محل بحثنا فلا مجال عندهم للتقدير الاستصلاحي •

٢ ـ أما الاجتهادات التي تأخذ بنظرية الاستصلاح ، ففيها اتجاهان :

الاتجاه الاول ـ لا يقبل تخصيص النص بمقتضى المصلحة المرسلة ولو كان النص غير قطعي ، وهذا هو اتجاه الاجتهاد الحنبلي •

فدلالة النص وعمومه مقدمان في مذهب احمد بن حنبل على النظر الى المصلحة ، لأن محل النظر اليها انما هو عند فقدان النص ، ولا مجال النظر اليها عند وجوده • (ر : كتاب « ابن حنبل » للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص (٣٠٣) و « المدخل الى علم اصول الفقه » للاستاذ الدكتور معروف الدواليبي ، ص/٣١٥/ الطبعة الثانية) •

والاتجاه الثاني ـ يرى اصحابه ان المصلحة تخصص النص عند التعارض • أي انهم يرون اعمال النص في الحالات التي لا يتنافى فيها مع تلك المصلحة المعارضة ، اذ يرون في هذه المصلحة الموزونة بالمقاييس الشرعية دليلا على ان الشارع انما يريد بنصه أن يطبق فيما لا تقتضي المصلحة خلافه[1] •

---

(١) يجب ان يلحظ هنا ان تخصيص النص التشريعي ليس تغييرا ←

٣/٣٢ ـ ويتجلى هـذا المـوقف في تخصيص النص غـير القطعي بمقتضى المصلحة عنـد التعارض في الاجتهادين الحنفي والمالكي بصـورة خاصة ، كما نرى فيما يلي :

٣٣ ـ في المذهب المالكي :

فالاجتهاد المالكي ، وهو المشهور باعتمـاد المصـالح المرسلة أكثـر من غيره ، من المقرر فيه أن المصلحة تخصص النصوص غير القطعية ـ ومنها النصوص العامة جميعا في نظر المالكية ـ عند التعارض •

ومن امثلة ذلك عند المالكية ما لو ادعى أحد على آخر مالا، وعجـز عن الاثبات ، وطلب تحليف المدعى عليه اليمين ، فان مالكا لا يوجب تحليف المدعى عليه الا اذا كان بينه وبين المدعي خلطة ، نظرا للمصلحة ودرءاً للاستغلال الباطل ، كي لا يتجرأ السفهاء على الفضلاء فيجروهم الى المحاكم بدعاوى كاذبة موهومة أمام الناس ، فيستغلوا كراهيتهم للحلف ليبتزوا أموالهم افتداء من اليمين •

وهذا عندهم تخصيص بمجرد المصلحة لنص الحديث النبوي القائل : **البينة على المدعي واليمين على من انكر** (ر : رسـالة العرف والعادة للاستاذ الشيخ محمد فهمي أبي سنة ص/٩٧) •

وفي المذهب المالكي أمثـلة أخرى عـلى تخصيص نصوص القـرآن والسـنة بالمصلحة لا حاجـة لسـردها هنـا • وبعضها سـيأتي ذكـره في « نظرية العرف » أواخر هذا المدخل (ر : ف/٥٢٠) •

للحكم المقرر فيه ، لأن التغيير نسخ لا يملكه الا من له حق التشريع ، وانما التخصيص عند علماء اصول الفقه هو : قصر النص على بعض ما يشمله لفظه على سبيل التفسير والبيان لمراد الشارع ، لا على سبيل التغيير •

والمشهور بين الباحثين أن المـذهب المالكي هو الذي يرى **تخصيص** النصوص بالمصلحة عند التعارض ، دون المذهب الحنفي • وهذا أيضا رأي الاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة في كتابه « مالك » و « ابن حنبل » •

ولكن هذا في نظرنا خـلاف الواقع ، فان فروع مذهب الحنفيـة والاحكام التي قرروها فيه ، تشهد بأنهم سبقوا الاجتهاد المالكي في **تخصيص** النصوص بالمصلحة المرسلة ، كما يتضح مما يلي :

٣٤ ـ في المذهب الحنفي :

١ ـ ورد في السنة أن النبي عليـه السلام سئل عن الشـهادة فقال للسـائل : **هل ترى الشمس ؟** قـال : نعـم فقـال : « **على مثلها فاشهد أو دع**[١] » •

وهذا بظاهره يوجب العيان في تحمل الشـهادة في جميـع الشـؤون عامة ، ويحظر على الانسان أن يشهد أمام القضاء بأمـر لم يشاهده وانما سمع به من غيره •

وقد قرر الفقهاء بناء على هـذا عدم قبول **شهادة التسامع** في اثبـات الحقوق •

لكن فقهـاء الحنفيـة رأوا أن هنـاك موضوعات تقتضي المصـلحة فيها قبول **شهادة التسامع** ، لأن اشتراط **العيان** فيهـا متعـذر أو غـير متيسر ، فيضيع هذا الاشتراط حقوقا هامـة لا يسـوغ الشـرع التفريط فيها ، فقرروا قبول شهـادة التسامع في أمور عديدة ، منهـا اثبـات أصـل

---

(١) اخرجه البيهقي في سننه ، والحـاكم في كتـاب الاحكـام من « المستدرك » وصححه • ولكن ضعفـه الذهبي والنسـائي (ر : « نصب الراية لاحاديث الهداية » للحافظ الزيلعي ، كتاب الشهادات) •

الوقف ، أي اثبات ان هذا العقار موقوف وليس ملكا لصاحب اليد عند الاختلاف في وقفيته وملكيته .

وقد عللوا ذلك بأن المصلحة تقضي بقبول شهادة التسامع هنا استحسانا على خلاف القياس للضرورة ، وذلك صيانة للاوقاف القديمة عن الضياع ، لأن الوقف اذا تقادم ولم تكن عقاراته مسجلة في سجل المحكمة ، أو فقد سجلها ، لا يبقى ممكنا اثبات وقفيتها لانقراض الشهود الذين شهدوا على عبارة الواقف حينما وقف الوقف . فيتجرأ كل انسان على غصب الاوقاف القديمة وادعاء ملكيتها دون امكان اثبات وقفيتها اذا اشترطنا العيان . فلذا تقبل شهادة التسامع في هذا الاثبات ، وذلك بأن يشهد الشاهد بالوقفية استنادا الى ما يسمعه من الناس الثقات ، ولو أنهم أيضا سامعون من مثلهم وغير معاينين[1] .

ومما قبل فيه أيضا فقهاء الحنفية شهادة التسامع : اثبات **النسب** ، **والوفاة والدخول بالزوجة** ، الى عشرة مواضع مبينة في كتبهم[2] ، فخصصوا بذلك نص الحديث النبوي الذي يوجب العيان في تحمل الشهادة ليصح أداؤها ، وليس لهم دليل أو تعليل في هذا التخصيص الا المصلحة المرسلة .

٢ ـ ورد أيضا في الحديث النبوي الثابت أن النبي عليه السلام

---

(١) يلحظ في هذا المقام انه بعد انشاء **السجل العقاري** في بلادنا أصبحت قيوده هي المعول عليها في اثبات الملكية والوقفية وغيرها من الحقوق العينية في العقارات المسجلة فيه .

(٢) ترى هذه المواطن التي قبلوا فيها شهادة التسامع في كتابي أحكام الاوقاف ، ف/١٣٤/ وفي شروح المادة (١٦٨٨) من المجلة وفي رد المحتار لابن عابدين ٤/٣٧٥ .

نهى عن بيع الانسان ما ليس عنده ، وهي قضية بيع المعدوم ؛ كما نهى أيضا عن بيع الغرر ، وقد تقدم بيان معناه (ر : ف/٣١/الحاشية) •

لكن فقهاء المذهب الحنفي خصصوا هذين الحديثين ، فجوزوا بيع المواسم الثمرية في الكروم وسائر الاشجار ذات الثمار المتلاحقة[١] ، متى ظهر بعض هذه الثمار فقط وبدا صلاحها ؛ وذلك لأن المصلحة تقضي بتجويز هذا البيع لحاجة الناس اليه •

وفي هذا التجويز تخصيص للحديثين المذكورين ، فان الثمار التي ستوجد معدومة وقت البيع ، ففيها بيع المعدوم ؛ كما أن كميتها احتمالية لايمكن تحديدها وقت البيع ؛ ففيها نوع من الغرر •

٣ ـ قرر فقهاء المذهب الحنفي قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الا النساء فقط ، كالجرائم التي تقع في حماماتهن ، وكشهادة القابلة على الولادة وتعيين الولد عند النزاع فيه •

وبذلك قد خصصوا نصوص القرآن والسنة التي تشترط في الشهادة عنصر الذكورة بأن يكون شهود الاثبات رجالا فقط ، أو رجالا ونساء معا •

وهذا التخصيص أيضا بمقتضى المصلحة ، اذ بدونه تضيع هذه الحقوق • وقد رأينا أن صيانة الحقوق مصلحة شرعية من الضروريات الخمس التي سلف ذكرها (ر : ف/٢٦) •

---

(١) المراد بالمتلاحقة التي لا تنعقد على أشجارها دفعة واحدة ، بل كلما قطفت أخلفت ، كالعنب ، وكالخرشوف المسمى في البلاد الشامية اليوم (انكنار) أو (شوكي) •

٣٥ ـ يتضح بهذه الشـواهد التي أوردناها من المـذهب الحنفي أن فقهاءه يتبنون تخصيص النصوص الشرعية بالمصلحة المرسـلة ، خلافاً لما يرى الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « ابن حنبل » من أن الحنفية يختلفون عن المالكية في ذلك •

هذا ، وقد أطلنا وتوسعنا في بحث الاستحسان والمصـالح المرسـلة لأني رأيت الحاجة الزمنية داعية الى بحث هـذين المصـدرين العظيمي الشأن في الفقه الاسلامي بصـورة مستوفاة منسـقة في هـذا العصـر ، كي يعلم ما في الفقه الاسـلامي من مبـان وأصـول ونظريـات تأسيسية سمحة خصبة تتسع للاستخراج والاستنتـاج في شتى نـواحي الاحتيـاج التشريعي[1] •

الفرع الثالث

العــرف

٣٦ ـ معنى العرف لغة واصطلاحا :

العرف ، بضم العين ، هو في أصل اللغة بمعنى المعرفة •

---

(١) وقد نقلنا في الطبعة الرابعة وعلقنا عن بعض كتب ظهرت بعـد الطبعة الثالثة من هذا المدخل ككتاب « **ابن حنبل** » للاستاذ الشيخ محمد ابي زهـرة ، وكتاب « **المدخـل الى علم اصـول الفقه** » للزميـل الاستاذ الدكتور معروف الدواليبي (الطبعـة الثانيـة) ، فقد افدنا منهما بعض ملاحظات جديدة في بحث المصالح المرسلة استلحقناها في الطبعة الرابعـة التي وسعنا فيهـا بحث الاستصلاح وجعلنـاه اغنى بالشـواهد والامثـلة الفقهية •

ثم استعمل لغـة بمعنى الشيء المعروف المألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول •

وعليه قوله تعالى :

« خذ العفو[1] وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين » •

أما في الاصطلاح الفقهي فان العرف هو :

« **عادة جمهور قوم في قول او عمل** (٢) »

ومن ثم يسمى أيضا : « عادة » و « تعاملا » •

ويفهم من هذا التعريف أنه لا يتحقق وجود العرف في أمـر من الامور الا اذا كان مطردا بين الناس في المكان الجاري فيـه ، أو غالبـا بحيث يكون معظم أهل هذا العرف كل منهم يرعاه ويجري على وفقه ؛ كتعارف الناس اليوم مثلا في بلاد الشـام أن المهر الذي يسمى للمـرأة

---

(١) معنى « **العفو** » في أصل اللغة هو القصد الى تناول الشيء ، يقال : عفا فلانا واعتفاه ، اذا قصده للتناول مما عنده • ثم تشعب المعنى بالاستعمال ؛ ومن ذلك العفو عن الذنب ، لان فيـه قصـدا الى ازالته عن صاحبه •

ومعنى « خذ العفو » في الآية : تقبل من النـاس ما يسـهل قصده وتناوله ، والميسور عليهم من خلائقهم ، دون تكلف ومشقة • ومثله قوله تعالى : « يسألونك ماذا ينفقون قل العفو » ، أي قل لهم ينفقوا ما يسهل عليهم انفاقه من غير كرائم اموالهم (ر : مفردات القرآن للراغب الاصفهاني) •

(٢) وضعنا هذا التعريف مستوحى من عدة تعريفات للفقهاء ذكرها ابن عابدين رحمه الله في رسـالته المسماة : « نشر العرف في بنـاء بعض الاحكام على العرف » المنشـورة في الجزء الثاني من مجموعـة رسائله في الصفحات (١١٤ ـ ١٤٧) ، ولـم نجد تلـك التعاريف المأثورة واضحة ولا وافية •

في عقد النكاح يكون ثلثاه معجلا وثلثه مؤجلا الى ما بعد الوفاة أو الطلاق • فيجب أن يتحقق في تكوين العرف اعتياد مشترك بين الجمهور وهذا لا يكون الا في حالة الاطراد أو الغلبة على الاقل ، والا كان تصرفا فرديا لا عرفا •

وعن هذا وضع الفقهاء القاعدة القائلة : انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت (م/٤١) •

٣٧ ـ شأن العرف بين مصادر الاحكام :

في الحياة الاجتماعية لدى الاقوام الذين لا شريعة عندهم تكون الاعراف والعادات هي الشريعة التي يحتكم اليها •

ومن ثم نعلم ما للعرف من حاكمية قديمة بين البشر •

وبما أن بعض الاعراف قد تكون في ذاتها حسنة عادلة أو قبيحة جائرة ، كان من جملة أهداف الشرائع التي تسن أن تقر العرف الحسن وتنهى عن القبيح[1] •

---

(١) يعد علماء القانون مصادر الشرائع الوضعية ـ اي القوانين التي تضعها الامم لانفسها ـ خمسة ، هي :

(١) العرف (٢) الدين (٣) آراء الفقهاء وشراح القوانين (٤) اجتهاد القضاء ، أي أحكام المحاكم (٥) قواعد العدل والانصاف

فمن هذه المصادر الخمسة تستمد الاحكام الوضعية التي تصاغ قوانين يلزم بها الناس ويجري عليها القضاء بينهم ، كما يرجع اليها القضاء فيما لم تتناوله القوانين بالنص •

هذا ويلحظ ان للاحكام التي تستمد من العرف مزيتين :

احداهما ـ ان الناس يكونون على علم سابق بها في معاملاتهم فيقل اختلافهم • لأن جهل الناس بالاحكام مما يولد المشكلات بينهم •

والثانية ـ ان تلك الاحكام تكون مألوفة مستساغة ومقبولة ، لأنهم قد اعتادوها قبل ان تصبح قانونا •

والعرف والعادات الى اليوم تعد في نظر الحقوقيين مصدرا من أهم المصادر للقوانين الوضعية ذاتها ، فيستمد منه واضعوها كثيرا من الاحكام المتعارفة ، ويبرزونها في صورة نصوص قانونية يزال بها الغموض والابهام الذي لا يجليه العرف في بعض الحالات •

والشريعة الاسلامية كذلك جاءت فأقرت كثيرا من التصرفات والحقوق المتعارفة بين العرب والاسلام ، وهذبت كثيرا ، ونهت عن كثير ، كما أتت بأحكام جديدة استوعبت بها تنظيم الحقوق والالتزامات بين الناس في حياتهم الاجتماعية على أساس وفاء الحاجة والمصلحة والتوجيه الى أفضل الحلول والنظم ، لأن الشرائع الالهية انما تبغي بأحكامها المدنية تنظيم مصالح البشر وحقوقهم ، فتقر من متعارف الناس ما تراه محققا لغايتها ، ملائما لأسسها وأساليبها •

٣٨ ـ الدليل الشرعي على اعتبار العرف :

يذكر بعض العلماء من الادلة الشرعية في الاسلام على اعتبار مكانة العرف الفقهية في اثبات الاحكام قوله تعالى في الآية السالفة البيان : « خذ العفو وامر بالعرف واعرض عن الجاهلين » •

ولا يخفى ان العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي وهو الامر المستحسن المألوف ، لا على معناه الاصطلاحي الفقهي • ولكن توجيه هذا الاستدلال هو ان العرف في الآية ، وان لم يكن مرادا به المعنى الاصطلاحي ، قد يستأنس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو مما استحسنو وألفته عقولهم • والغالب ان عرف القوم دليل على حاجتهم الى الامر المتعارف فاعتباره يكون من الامور المستحسنة •

ومعظم العلماء يستدلون على مكانة العرف الفقهية في بناء الاحكام

الشرعية بأثر قد روي موقوفا[1] عن عبد الله بن مسعود ، وهو من كبار فقهاء صحابة الرسول عليه السلام ، أنه قال : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ».

٣٩ ـ سلطان العرف في الفقه الاسلامي اجمالا :

ان للعرف في الفقه الاسلامي اعتبارا شرعيا في بناء كثير من أنواع الاحكام التي سنرى بيانها مفصلا في بحثنا عن نظرية العرف في الفقه الاسلامي ، آخر القسم الثاني من هذا المدخل الفقهي .

والاجتهادات الفقهية في الاسلام متفقة على هذا الاعتبار للعرف ، وان كان بينها شيء من التفاوت في حدوده ومداه .

وقد أقام الفقهاء ، وخاصة منهم رجال المذهب الحنفي ، كبير وزن للعرف في ثبوت الحقوق وانتفائها بين الناس في نواح شتى من المعاملات وضروب التصرفات ، واعتبروا العرف والعادة اصلا هاما ومصدرا عظيما واسعا تثبت الاحكام الحقوقية بين الناس على مقتضاه في كل ما لايصادم نصا تشريعيا خاصا يمنعه .

فالعرف في نظرهم دليل شرعي كاف في ثبوت الاحكام الالزامية

---

(١) الاثر الموقوف هو الذي يتكلم به الصحابي دون أن يسنده الى النبي صلى الله عليه وسلم .

ومن المقرر ان الاثر الموقوف اذا كان يتضمن امرا تشريعيا فانه يعتبر كحديث مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان الصحابي لا يستطيع ان يقوله برأيه .

وبعض الفقهاء يرفع هذا النص الى النبي صلى الله عليه وسلم ولكن التحقيق انه أثر معروف عن ابن مسعود . وقد رواه الامام أحمد بن حنبل في مسنده موقوفا عليه : (ر : أول رسالة « نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف » لابن عابدين) .

والالتزامات التفصيلية بين الناس ، حيثما لا دليل سواه ؟ بل انــه يتــرك به القياس اذا عارضه ، لأن القياس المخالف في نتيجة للعرف الجاري يؤدي الى حرج ، فيكون ترك الحكم القياسي والعمل بمقتضى العرف هو من قبيل الاستحسان المقدم على القياس •

اما اذا عارض العرف نصا تشــريعيا آمراً بخلاف الامــر المتعــارف ففي اعتبار العرف وعدمه ، وفي محل هذا الاعتبار ودرجته ، تفصيل لايتسع له هذا المقام ، وسنبحثه في محله من نظرية العرف ، كما سنرى هنــاك أنواع العرف وتقسيمه الى لفظي وعملي •

٤٠ ـ أهم القواعد الفقهية في العرف وسلطانه :

هذا ، وقد أثبت الفقهاء قواعد في العرف والعادة كانت أسسا وضوابط لكثير من الاحكام الفرعية القائمة على العرف • وذكرت المجلة طائفة منها في المواد / ٣٦٦ و ٣٧ و ٣٩ و ٤٠ ـ ٤٥ / •

ومن أهم هذه القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف القواعد التالية :

١ ـ « العادة محكمة »[1] (المجلة/٤٠) •

٢ ـ « الحقيقة تترك بدلالة العادة »[2] (م/٤٠) •

---

(١) **محكمة** : بتشديد الكاف المفتوحة ، اسم مفعول من التحكيم ، أي ان العرف يجعل حاكما في اثبات الاحكام الشــرعية والالتزامــات بين الناس على وفقه ، ويلزمهم بها قضاء •

(٢) هذه القاعدة تتعلق بالعرف اللفظي الذي سيأتي بيانه في نظرية العرف •

ولمراد بالحقيقة هنا المعنى الاصلي للفظ في مقابل المعنى المجازي • اي ان الفاظ الناس في أقوالهــم وتصرفاتهم تحمل على معانيها المتعارفــة بينهم ، لا على معانيها الحقيقية في اصل اللغة •

٣ ـ « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م/٣٧) .

٤ ـ « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » (م/٤٣) .

٥ ـ « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م/٤٥) .

٦ ـ « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الأزمان » (م/٣٩) .

وسيأتي شرح هذه القواعد ، مع بقية القواعد الكلية ، في القسم الثالث الاخير من هذا المدخل .

وانظر في موضوع هذه القاعدة الاخيرة ما تقدم في بحث الاستصلاح (ف ٣/٣٧) وما سيأتي آخر نظرية العرف « ف/٥٣٩ ـ ٥٥٣) .

وعلى أساس هذه القواعد فرع الفقهاء وقرروا ما لايحصى من فروع الاحكام في مختلف الابواب الفقهية والمعاملات :

أ ـ فتقسيم مهر المرأة مثلا الى معجل ومؤجل في الزواج ، ومقدار كل منهما اذا لم يبين في عقد النكاح يرجع فيه الى العرف .

ب ـ وتقسيم ثمن المبيع وأجرة المأجور اذا لم يصرح به العاقدان وكان فيه عرف جار في بلدة العقد ، يلزم فيه الطرفان بحكم العرف .

ج ـ وما يعد في المبيع عيبا مسوغا لفسخ البيع أو لا يعد عيبا انما يحكم فيه العرف .

د ـ وتجاوز المستأجر الحدود الجائزة له في استيفاء منفعة المأجور حتى يعتبر متعديا ضامنا قيمته اذا تلف انما ميزانه العرف .

هـ ـ وكيفية حفظ الوديعة مما يعد به الوديع مقصرا في حفظها

فيضمن ان ضاعت ، أو غير مقصر فلا يضمن ، انما يعتبر أيضا فيه العرف •

و ـ واختلاف المعلم مع التلميذ العامل في الصناعات أيهما يستحق على الآخر أجرا يرجع فيه الى عرف البلدة (المجلة/٥٩٦) •

ز ـ وكذا في الاجارة كل ما كان من توابع العمل ولم يشرط على الاجير يعتبر فيه عرف البلدة (المجلة / ٥٧٤) •

الى غير ذلك من القضايا التي لا تنتهي ، مما ملئت به فصول الفقه ، وجعلوا المعرف فيه السلطان المطلق في الحكم •

وغني عن البيان أن ما بني من الاحكام على العرف يتبدل بتبدل العرف • ولذا وضعت القاعدة السالفة الذكر : « **لا ينكر تغير الاحكام بتغير الزمان** » •

هذا ، وبما أننا سنفرد لنظرية العرف وما فيها من أصول وفروع بحثا مستقلا في القسم الثاني المخصص للنظريات الفقهية العامة من هذا الجزء ، لذلك نجتزىء هنا بهذه لفكرة الاجمالية عن العرف وموقعه في مصادر الفقه الاسلامي ، محيلين بالتفصيل على بحث نظريته في موطنها المشار اليه •

٤١ ـ هذه هي مصادر الفقه الاسلامي الاصلية ، وأهم المصادر التبعية ، عرضنا في هذه المقدمة ما يجب أن يعرف الطالب عنها •

فكل حكم فقهي مما دونه الفقهاء في مختلف المذاهب لا بد أن يكون مستندا الى احدها •

هذا ، ومن العلماء من يرد المصادر كلها الى الكتاب والسنة باعتبار

أن الاجماع في الواقع لا بـد أن يستند الى أحدهما ، وأن القياس أيضا يرجع الى علة النص في المقيس عليه ، فيدخل في دلالة ذلك النص •

بل منهم من يرد المصادر كلها الى الكتاب فقط ، لانه هو الآمر بتقبل السنة ، وهي لا تخرج عن أسسه •

وهذا الرأي صحيح في ذاته لكنه لا يلاقي ما نحن بصدده ، فهو لا ينظر الى نوع الدليل الخاص المباشر المستند اليه في اثبات الاحكام ، وانما ينظر الى منشأ اعتبار هذا الدليل ؛ ولا شك أن منشأ الاعتبار في الجميع انما هو القرآن ، ومع هذا لا يصح أن نقول مثلا : ان توريث الجد أو الجدة فريضة السدس انما ثبت بنص القرآن ، بل انما ثبتت فريضة الجد في الميراث مع الابن عند عدم الاب بالاجماع ، وثبتت فريضة الجدة بالسنة ، لان القرآن لم يتضمن شيئا من ذلك كما تقدم (ف/٧و٨) •

الفصل الثالث

الترتيب التاريخي ، والاعتباري

لمصادر الفقه الاسلامي

٤٢ ـ أ ـ الترتيب التاريخي :

ان تلك المصادر الاربعة الاساسية للفقه الاسلامي لم تنشأ كلها معاً في تاريخ واحد •

فقد كان في عصر الرسالة مرجع الاحكام كلها الى الكتاب والسنة التي تتجلى في بيان الرسول وأقضيته عليه السلام • وكل اختلاف فمرده اليه •

لذلك لم يكن ثمة من مجال لتصور اجماع •

أما القياس فقد كان يلجأ اليه بعض الصحابة فيما يحدث لهم وهم بعيدون عن النبي في اسفارهم أو قبائلهم أو أعمالهم ، ويسمونه فهما ، أو رأياً ، أو اجتهادا[1] ، كما سماه الامام الشافعي في رسالة الاصول •

---

(١) عندما ارسل النبي (ص) معاذ بن جبل الى اهل اليمن سأله : بم تحكم ؟ قال معاذ : **بكتاب الله** • قال : فان لم تجد ؟ قال : **فبسنة رسول الله** • قال : فان لم تجد ؟ قال : **أجتهد برأيي** • فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم في صدره استحسانا وقال : الحمد لله ، الخ ••• (ر : تفسير ابن كثير ، ج ١ ص/٣) •

ولكنهم لا يلبثون أن يعرضوا أفهامهم واجتهاداتهم على النبي (ص) أول ما يعودون اليه ، فيقرهم ، أو يخطئهم ويصحح لهم •

أما بعد عصر الرسالة فقد كان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يجمعان الصحابة في الحوادث ويشاورانهم • فان لم يعرف أحد منهم فيها عن النبي (ص) نصا أو قضاء ، واتفقوا فيها على حكم أنه هو مقتضى قواعد الشريعة ، عمل الخليفتان فيها بما اتفقوا عليه •

وان لم يتفق الصحابة على حكم الحادثة اجتهد الخليفتان بآرائهما في الحكم الاصلح والاقرب شبها بأقضية الرسول ، عملا بدلالة القياس أو المصالح •

ثم بعد ذلك حدث في العصور التالية حاجة الى تعرف ما اتفق عليه فقهاء الصحابة ليتخذ أساسا في فقه الشريعة •

ثم الحق به في الاعتبار ما يتفق عليه الفقهاء التابعيون[١] من الثقات المجتهدين ، لانهم هم الراسخون في علم الشريعة ، ومرجع فهمها اليهم •

فأصبح الاجماع بعد عصر الرسالة مصدرا من مصادر الاحكام •

فان لم يحصل هذا الاجماع ، أو لم يثبت نقله وروايته في موضوع ما ، لم يكن بد لكل فقيه أن يلجأ الى الطريق التي كان يلجأ اليها الصحابة أنفسهم عندما يعوزهم النص ، وذلك طريق الاجتهاد والرأي الذي سمي فيما بعد : قياسا أو استحسانا •

---

(١) التابعون والتابعيون : من لم يدركوا النبي عليه السلام ، وانما ادكوروا بعض صحابته :

وتابعو التابعين: من لم يدركوا أحدا من الصحابة، وانما أدركوا التابعين•

فيتلخص من ذلك أنه لم يكن في عصر النبي (ص) مصدر تشريعي سوى الكتاب والسنة ؛ وأن القياس كان موقتا يعقبه استفسار وتصحيح؛ وأن الاجماع متأخر عن القياس وجودا ، وان كان مقدما عليه رتبة واعتبارا كما سنرى فيما يلي .

٤٣ ـ ب ـ الترتيب الاعتباري :

هذا هو الترتيب التاريخي في نشوء مصادر الفقه الاسلامي .

أما الترتيب الاعتباري بينها فقد اتفقت أئمة الاسلام وعلماء أصول الفقه ان نصوص القرآن مقدمة في الاعتبار على كل ما سواها ، ثم نصوص السنة ، ثم الاجماع ، ثم القياس .

واذا تعارض حكم القياس مع حكم بعض المصادر التبعية من استحسان أو استصلاح أو عرف ، يقدم في الاعتبار حكم كل من هذه المصادر الثلاثة على حكم القياس كما تقدم بيانه وأمثلته .

الباب الثالث

بدء توسع الفقه الاسلامي وتطوره

٤٤ ـ لم يفارق النبي (ص) هذه الحياة الا بعد أن تكامل بناء الشريعة بالنص الصريح على الاسس والكليات فيها ، وتقييد النصوص المطلقة ، وبيان المجملة ، وتخصيص العامة ، ونسخ ما اريد نسخه ، الخ ...

فاجتهاد الصحابة ومن بعدهم لم يكن تشريعا ؛ وانما هو تفريع وتطبيق .

(ر : كتاب تاريخ التشريع الاسلامي للاساتذة السبكي ورفيقيه ، ص/٧) .

ولكن النبي (ص) لم يترك لاصحابه فقها مدونا ؛ وانما ترك جملة من الاصول والقواعد الكلية ، ومن الاحكام الجزئية والاقضية ، مبثوثة في القرآن وفي السنة .

وكان هذا يكاد يكفيهم لو لم يمتد سلطان الاسلام الى ما وراء الجزيرة العربية ، حيث لاقوا أمورا ووقائع وعادات لا عهد لهم بها ، فاحتاجوا الى تنظيمها ، واقامة القواعد لها ، وانزالها المنازل اللائقة بها من أحكام الشريعة ومقاصدها .

وهذا مبدأ تطور الفقه الاسلامي •

وتلك الاسس التي احتواها القرآن كانت أصولا قابلة لان تتسع مفاهيمها ، ويتطور فهمها ، باتساع الدوائر الفكرية ، وعند الحوادث الكبرى التي اتصل فيها الاسلام بأوضاع وثقافات أخرى •

(ر : كتاب « نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي » ص ٥٢-٥٣) •

وهنا فتح العلماء المسلمون باب التفكير في المسائل ، وأخذت تقنن في ضوء الدين أمور الحياة العملية • وكان التطور في نظمها نتيجة لعمل الخلفاء والتابعين لهم ، بحسب ما تستلزمه الحال[1] •

وفي البلدان المفتوحة ، على أثر دخول الامم أفواجا في الإسلام ، قامت حاجة كبرى الى تعليمهم ما يخفى عليهم ، وضبط الاحكام العملية الشرعية وتنسيقها ، لتنظيم المعاملة ومعرفة الحقوق •

وقد دعت أيضا تلك الحروب المتوالية الى التنظيم والتفريع في حقوق الحرب والمحاربين ، وفي الحقوق المدنية والسياسية للشعوب في البلدان المفتوحة على ضوء الاسس الاسلامية[2] •

---

(١) انظر وصية عمر بن الخطاب لابي موسى الاشعري في القضاء عندما ولاه وقد تقدم نصها في بحث القياس (ف/١٠/ الحاشية •

(٢) من امثلة ذلك في الحقوق المدنية تسويغ التعامل بالخمر والخنزير لاهل الذمة – أي غير المسلمين – بينما التعامل بهما باطل في حق المسلمين •

وكذلك اقرارهم على ما يدينون في احوالهم الشخصية وحقوقهم العائلية ، كتصحيح انكحة نسائهم بلا عدة يقضينها على اثر وفاة ازواجهن اذا كان ذلك سائغا لديهم •

والخلاصة أنه على أثر الحاجات الضرورية التي كانت تظهر تباعا بصورة تدريجية أخذ الفقه الاسلامي يتطور ويتسع أفقه ، سواء في ذلك ما يخص الحياة الداخلية ، وما يخص الحياة الخارجية للدولة الاسلامية .

وهكذا تطور الفقه في الازمنة المتوالية ؛ وأخذت الاجيال المتعاقبة

←

ومن أمثلة حقوق الحرب فتوى الامام الاوزاعي بعدم جواز قتل الرهائن السياسية اذا خان قومهم العهود مع المسلمين ونقضوا المواثيق ، لقوله تعالى في القرآن العظيم : « **ولا تزر وازرة وزر أخرى** » ، وقد كان المعتاد بين الامم قتلهم . (انظر مقدمة الامير شكيب ارسلان لرسالة « **محاسن المساعي في ترجمة الامام الاوزاعي** » ص ١٤ نقلا عن تاريخ البلاذري) .

(**والرهائن السياسية** : أشخاص ذوو مكانة في قومهم يحجزون لدى قوم آخرين ضمانا للوفاء بالعهود بين الفريقين) .

ومن أمثلة الحقوق السياسية ايضا ما روى البلاذري في كتابه « **فتوح البلدان** » (ص/٤٢٨) من انه : « لما ولي الخلافة عمر ابن عبد العزيز جاءه وفد من أهل سمرقند ، فشكا اليه أن قائد الجيش الاسلامي قتيبة بن مسلم دخل بلدتهم غدرا ، فكتب الى عامله ان ينصب لهم قاضيا ، فان قضى القاضي باخراج المسلمين اخرجوا ، فنصب لهم **جميع بن حاضر الباجي** فحاكمهم والقائد ، وقضى باخراج الجيش الاسلامي ، وان ينذرهم القائد وينابذهم على سواء ، ثم يحاربهم ان أبوا ، فكره أهل سمرقند الحرب وأقروا بقاء الجيش » .

وبذلك كما ترى قرر عمر بن عبدالعزيز مبدأ **اخضاع الجيش والسياسة للقضاء العادي** ، أخذا من قواعد الشرع وكثير من نصوصه ، لان فكرة الحلال والحرام الدينية ، واعتبار الحق بالنظر الى الواقع لا الى الظاهر ، هي صبغة اصلية في التشريع الاسلامي وفقهه كما سبقت الاشارة اليه ، وهي معتبرة في نطاق الحقوق الخاصة والعامة على السواء (ر:ف ٢-٣) .

في تنميته، حتى أصبح بناء ضخما هائلا منظما لكل أنواع المعاملات والعلاقات الانسانية تنظيما دقيقا .

هذا وصف اجمالي لنشأة الفقه الاسـلامي وتعاظم بنائه ، وتباعـد آفاقه واجوائه .

وسنتولى فيما يلي تقسيما وتفصيلا للادوار التاريخية التي تميزت في كل منها للفقه الاسلامي خصائص وأطوار .

الباب الرابع

أدوار تطور الفقه الاسلامي

ومميزاته في كـل منهـا

٤٥ ـ ان التتبع التاريخي لحركة الفقـه الاسلامي يوحي بتقسيم المراحل التطورية التي مر بها هذا الفقه الى سبعة أدور :

الدور الاول ـ عصر الرسالة ، أي مدة حياة الرسول (ص) •

الدور الثاني ـ عصر الخلفاء الراشدين فما بعده الى منتصف القرن الاول الهجري ، حيث استتب الامـر للامويين ، ونهج معظمهم بسياستهم الداخلية على وفق اهوائهم في الحكم ، لا على وفق الاوامر الشرعية •

وهذا الدوران هما المرحلة **المرحلة التمهيدية** للفقه الاسلامي •

الدور الثالث ـ من منتصف القرن الاول الى أوائل القرن الثاني ، حيث استقل علم الفقه واصبح اختصاصا ينصرف اليه ، وتكونت المدارس الفقهية ، أي الاجتهادات المسماة : **بالمذاهب** •

وهذا الدور هو **المرحلة التاسيسية** في الفقه •

الدور الرابع ـ من اوائل القـرن الثاني الى منتصف القرن الرابـع حيث بلغ الفقه الاوج في الاجتهاد والتدوين والتفريع المذهبي ، وتم فيه وضع علم اصول الفقه ، وتكامل •

وهذا الدور هو **دور الكمال** في الفقه الإسلامي •

الدور الخامس ـ من منتصف القرن الرابـع الى سقوط بغـداد في أيدي التتـار في منتصف القرن الرابع ، وفيـه نشطت حركـة التحـرير والتخريج والترجيح في المذاهب •

الدور السادس ـ من منتصف القـرن السـابع الى ظهـور **مجـلة الاحكام العدليـة** التي تم وضعها عـلى يـد لجنـة من الفقهاء وصـدرت الارادة السنية السلطانية بالعمل بها في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣ هـ•

وهذا الدور هو **دور الانحطاط** الفقهي •

الدور السابع ـ من ظهور المجلة الى اليوم •

وسنفرد فيما يلي لكل دور من هذه الادوار فصلا اجمالياً ، ونشـير الى ما طرأ على حركة الفقه فيـه من اتجاهات ، وما برز فيه من صفـات ومميزات •

الفصل الأول

الدور الفقهي الاول

عصر النبوة

٤٦ ـ كانت سلطة التشريع والقضاء والفتيا في هذا الدور بيد الرسول وحده (ص) ، فهو المرجع في كل ذلك •

وفي عهده تكامل بناء الشريعة في استيفاء نصوصها الاساسية كما تقدم وقد كان لفظ « الفقه » يطلق في عصر النبوة على كل ما يفهم من نصوص الكتاب والسنة ، سوا أكان من أمور العقيدة ، أو التشريع العملي أو الآداب •

وكان الاسلام في مكة متجها الى اصلاح العقيدة ومكافحة الوثنية • أما اتجاهه الى التشريع العملي فانما كان في المدينة بعد الهجرة •

ولفظ « الفقه » و « العلم » في هذا العصر كانا مترادفين في العرف الاسلامي ، تدل على ذلك أحاديث عديدة •

والفقهاء أو العلماء من صحابة الرسول عليه الصلاة والسلام كانوا يسمون : القراء ، جمع : « قارىء » وهم حفظة القران غيبا ، لان القرآن هو المصدر الاصلي لعلم الشريعة ، وقد كانوا يحفظون آياته

مع أحكامها[1] • فلذا كان القراء هم علماء الشريعة وفقهاءها •

ولم تكن اذ ذاك فكـرة الاختصـاص بالانصراف الى مسائل العلم المستفاد من الكتاب والسنة • بل كانت الجهود بصـورة عامـة منصـرفة الى الجهاد والى العمل • وانما يأتي العلم في طريقهما من قـراءة القـرآن واسـتماع حـديث النبي ، واسـتيعاب الحـوادث التـي كـان يفتي أو يقضي فيها •

وقد كان الفقه في هذا العصر واقعيـا لا نظـريا ، فانما كان الناس يبحثون عن حكم الحوادث ويسألون عنها بعد وقوعهـا ، أو يتقاضـون فيها فتعالج بالحكم الذي تقتضيه الشـريعة ، ولم تكن الحوادث تفترض افتراضا •

وقد اسلفنا البيـان آنفا ان النبي عليـه السـلام لم يترك لاصحـابه فقها مدونا ، بل جملة من الاصول والقواعـد الكليـة والاحكام الجزئية مبثوثة في القرآن وفي السنة • لكنها على اكمل ما يتصور مرونة وعموما واستيعابا لشتى المفاهيم الكبرى التي يدعمها العقـل الصحيح ، وتؤيدهـا المصالح الناطقة ، وفيها من قابلية التكيف في التطبيقات الجزئية على الحوادث الخاصة ، والتنقل فيها من فهم الى فهم صحيحين مختلفين ، مايمكن أن يتولد منه فقه عجيب السعة لايحد ولا ينضب •

---

(١) روى الاعمش عن أبي وائل عن ابن مسعود انه قال : كان الرجل منا اذا تعلم عشر آيات لم يجاوزهن حتى يعرف معانيهن والعمل بهن •

وقال ابو عبد الرحمن السلمي : حدثنا الذين كانوا يقرئوننا انهم كانوا يستقرئون من النبي (ص) وكانوا اذا تعلموا عشر آيات لم يخلفوها حتى يعملوا بما فيها من العمل ، قالوا : فتعلمنا القرآن والعمل جميعا •

(ر : مقدمة تفسير ابن كثير ج ١ ص/٣) •

٤٧ ـ امثلة هذه القابلية في نصوص القرآن والسنة النبوية :

واذا أردت ايضاحا بالامثلة فانظر الى هذه الشــواهد التاليــة من الآيات القرآنية ، والاحاديث النبويــة ، والى امثالهــا من نصوص الكتــاب والسنة :

أ ـ من آيات القرآن :

« ولا تزر وازرة وزر أخرى » (**الاسراء ١٥/١٧**)(١) ٠

« وأن ليس للانسان الا ما سعى » (**النجم ٣٩/٥٣**)

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (**المائدة ١/١٥**)

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتــأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون » (**البقرة ٢٨٨/٢**)

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (**البقرة ٢٨٢/٢**)

« ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل » (**النساء ٥٨/٤**) ٠

« ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ اشده وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا » (**الاسراء ٣٤/١٧**) ٠

« الطــلاق مرتان فامساك بمعــروف أو تســـريح باحســـان » (**البقرة ٢٢٩/٢**) ٠

« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعــروف لا تكلف نفس الا

---

(١) الرقمان بعد اسم سورة من القرآن اولهما للسورة والثاني للآية فيها ، فاذا كان بعد اسم السورة رقم واحد فهو للآية ٠

وسعها لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » (**البقرة ٢/٢٣٣**) ٠

« وجزاء سيئة سيئة مثلها » (**الشورى ٤٢/٤٠**) ٠

« وأشهدوا ذوي عدل منكم واقيموا الشهادة لله » (**الطلاق ٦٥/٢**) ٠

« ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » (**البقرة ٢/٢٨٣**)

« وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (**البقرة ٢/٢٨٠**) ٠

« يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (**البقرة ٢/١٨٥**) ٠

« وما جعل عليكم في الدين من حرج » (**الحج ٢٢/٧٨**) ٠

« فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » (**البقرة ٢/١٧٣**) ٠

الى غير ذلك من الآيات الكثيرة الواردة في شتى المقاصد والمناسبات التشريعية ٠

ب ـ من الحديث النبوي :

« لا ضرر ولا ضرار »[١] ٠

« انما الاعمال بالنيات »[٢] ٠

---

(١) رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس ، وابن ماجه في سننه عن عبادة ، وحسنه النووي في الاذكار ، وله شواهد تنتهي الى درجة الصحة (ر : « الجامع الصغير » للسيوطي /٩٨٩٩/ وشرحه « فيض القدير » للمناوي) ٠

(٢) رواه البخاري في سبعة مواضع،ومسلم،والترمذي في كتاب الجهاد، وغيرهم ايضا عن عمر بن الخطاب ٠

« على اليد ما أخذت حتى تؤديه »[1] .

« ان الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[2] .

« الولد للفراش »[4] .

« لا وصية لوارث »[5] .

---

(١) اخرجه اصحاب السنن الاربعة (أبو داود ، والترمذي، والنسائي وابن ماجه) والحاكم في مستدركه ، كلهم عن سمرة ، وقرر الترمذي حسنه .

(٢) رواه الحاكم في مستدركه من حديث ابن عباس (ج ٢ ص/١٩٨) وصححه ، ووافقه الحافظ الذهبي في « التلخيص » على تصحيحه .

(٣) الزعيم هو الكفيل ـ اي ان الكفيل يضمن ما كفل .

وهذا الحديث رواه أحمد في مسنده عن أبي أمامة ، ورواه أبو داود في كتاب البيع ، والترمذي وابن ماجة في الوصايا . واختلف العلماء في تصحيحه وتضعيفه (ر : فيض القدير للمناوي/٥٦٥٢) .

(٤) رواه كثير من ائمة الحديث منهم البخاري ومسلم عن عدد من الصحابة بلغوا بضعة وعشرين منهم عائشة (ر : الجامع الصغير للسيوطي/ ٩٦٨٨/ وشرحه فيض القدير) .

ومعنى هذا الحديث : ان الولد ينسب للرجل الذي بينه وبين المرأة الوالدة **فراش** مشروع زوجا كان أو سيداً .

والفراش كناية عن صلة الاستمتاع الجنسي المشروع بين الرجل والمرأة . فهذه الصلة تكفي لالحاق النسب بالرجل دون البحث عن الحقيقة .

(٥) رواه الدارقطني في سننه عن جابر . وهو مروي بطرق عديدة وباختلاف في بعض الالفاظ . وفي بعض طرقه كلام .

(ر : فيض القدير / ٩٩٣٣) لكن أئمة الفقه اعتمدوا صحته .

« المسلمون على شروطهم »[1] .

« كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل »[2] .

« الشفعة كحل العقال »[3].

---

(١) رواه أبو داود والحاكم في « المستدرك » وأحمد في البيع ورمز السيوطي في الجامع الصغير الى صحته . وقد حسنه الترمذي وضعفه النسائي ، وقوّاه غيره (ر : فيض القدير / ٩٢١٣) .

ويروى من طرق اخرى : « **المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك** » .

(٢) حديث صحيح أخرجه البزار في مسنده ، والطبراني في الكبير ، كلاهما عن ابن عباس ، واعتمده الفقهاء .

والمراد بما ليس في كتاب الله ما يتضمن مخالفة لاسس الشريعة التي قررها القرآن . فالتعاقد على ذلك واشتراطه باطل ، كما يعتبر اليوم في النظريات القانونية الحقوقية التعاقد على ما يخالف النظام العام والآداب العامة او يخالف النصوص القانونية باطلا .

ونظيره قول عمر المتقدم في وصيته القضائية لابي موسى الاشعري : « **الصلح جائز الا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالا** » . (ر : ف/١٠ ح).

فكتاب الله هنا ليس معناه القرآن ، بل معناه : **ما كتبه الله وأوجبه** ، أي شريعته التي شرعها . فالكتاب هنا مصدر بمعنى اسم المفعول ، اي المكتوب بمعنى المفروض ، كما في قوله تعالى في القرآن : « **ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا** » .

(٣) الشفعة هي حق أولوية ممنوح للشريك في العقار يخوله رجحانا في شراء حصة شريكه الآخر ان أراد هذا بيعها لشخص اجنبي .

ومعنى الحديث ان الاخذ بالشفعة يجب فيه على الشريك الشفيع سرعة الطلب فور علمه بالبيع كسرعة الانسان في حل عقال البعير بجذب رأس عقدته ، وهي في العادة عقدة انشوطة تحل بجذب طرف الحبل المعقود .

وهذا الحديث لم يبلغ سنده رتبة الصحة ، وقد احتج به الفقهاء على لزوم تحديد مدة قصيرة لطلب الاخذ بالشفعة كيلا يتضرر المشتري من الشريك بطول الانتظار .

(ر : بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص/٢٢٠/ آخر المسألة الثانية من الركن الرابع في الاخذ بالشفعة) .

« لا طلاق في اغلاق »[1].

« البينة على المدعي واليمين على من أنكر »[2] .

الى غير ذلك من أحاديث الاحكام الجليلة الجزيلة .

٤٨ ـ فالناظر المتأمل في أمثال هذه النصوص التي هي دساتير في أفكارها ، مواقير[3] في اثمارها ، يستطيع ان يتبين مدى ما يمكن أن تعطيه في التطبيقات الجزئية والتفريعات الفقهية العملية من أحكام وافهام مختلفة ، ضمن حدود النظر الصحيح المعقول .

فحديث : « الشفعة كحل العقال » مثلا يصلح أساسا لفكرة التقادم (مرور الزمن) وتحديد المدة للمطالبة ببعض الحقوق ، ولاستعمال بعض الخيارات العقدية كخيار الرؤية والعيب ، ولمراجعة بعض الدرجات القضائية للاعتراض على الاحكام البدائية عندما تؤسس المحاكم على

---

(١) اختلف العلماء في تفسير **الاغلاق** : فمنهم من فسره بالاكراه ، ومنهم من فسره بالغضب الشديد الذي يفقد البصيرة بالعواقب ، ومنهم من فسره تفسيرا أعم بكل ما يغلق على الانسان ارادته وبصيرته من اكراه أو غضب أو نحوهما مما يؤثر في طبيعة التصور او التبصر أو الاختيار ، وهو التفسير الاوجه .

والحديث رواه أحمد في مسنده ، وأبو داود وابن ماجه والحاكم في المستدرك عن عائشة ، واختلفوا في صحته وضعفه (ر : فيض القدير ٩٩٠٥/) .

(٢) رواه البيهقي في السنن وابن عساكر عن ابن عمر . ولم تبلغ روايته درجة الصحة ، ولكن يشهد له الواقع العملي في أقضية الرسول والصحابة .

(٣) الشجر المواقير : هي التي أوقرها الثمر من كثرته ، أي أثقلها حمله .

درجات كما في زماننا اليوم مما تقضي المصلحة تحديد مدة له تحت طائلة سقوط حق المطالبة القضائية عند اهمالها في المدة المحددة •

وقد بينا سابقا من أسلوب القرآن الكريم في بيان شرائع الاحكام أنه يضع الاسس ، وينصب القواعد الكلية ، ويجمل الاوامر ولا يتناول فروع الاحكام وتفصيل جزئياتها الا قليلا في بعض المسائل •

فهذه الكليات الاساسية والقواعد الصحيحة التي يقوم عليها بنيان العدل في الحياة الاجتماعية هي في الغالب دائما فوق متناول الاختلافات النظرية الفرعية في جميع البيئات ، لانها تتصل بالفطرة والادراك الانساني ، فجاء القرآن كاشفا عن قضاياها الثابتة فكان صالحا لكل زمان ومكان • ولأنه لم يخض في التفصيلات كانت آيات الاحكام على قلتها دستورية شاملة جامعة ترجع اليها كل أحكام الشريعة وتفاصيلها •

ولذلك كان القرآن الكريم عند علماء الشريعة الاسلامية هو الحجة الكبرى والمرجع الاول ، بل عده بعض الفقهاء المصدر الوحيد للاحكام الشرعية ، وما غيره من المصادر الا تفصيل لمجمله أو توضيح له أو تخريج على أصوله أو استنباط لما فيه من حكم ومعان متماسكة متساندة كما تقدم •

(ر : ف/٦ر٤١/ ومقدمة كتاب « الملكية » ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » للاستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ص/٨ — ٩) •

الفصل الثاني

الدور الفقهي الثاني

عصر الخلفاء الراشدين فما بعده الى منتصف القرن الاول

٤٩ ـ قد انتقلت في هذا الدور حال علماء الصحابة من طور الى طور .

فهم في حياة الرسول (ص) كان شأنهم تلقيا عنه ووعيا لما يلقيه اليهم . فلم تكن بهم حاجة الى اعمال الفكر في تفهم الاحكام المحتاجة الى تبصر ونظر ذلك الاعمال المسمى بالاجتهاد ، لان حمل هذا العبء الفكري مع احتمال الصواب والخطأ فيه لا معنى له مع وجود من اليه المرجع في كل شؤون الشريعة وأحكامها .

فشأنهم في حياة الرسول استماع واتباع واستفتاء منه فيما يشكل عليهم ، وبتعبير آخر : اعتماد على الرسول في الفهم والتوجيه في كل شيء .

اما بعد وفاته عليه السلام فقد انتقلوا فجأة من طور الاعتماد الى طور الاجتهاد ، لزوال ذلك المرجع ، وحلول مخلفاته الدستورية ـ القرآن والسنة ـ محل بياناته الشفهية . فتولدت من ذلك الحين ضرورة الى الاجتهاد لا مناص منها تجاه طوارىء الحوادث ، ولا حدود ولا أمد لها .

فالمسلمون بعد وفاة النبي عليه السلام قد انسابوا فاتحين في ملك كسرى وقيصر ، لتحطيم الحواجز التي أقامها الملوك في وجه دعوة الاسلام ورسالته الاصلاحية في الارض ، فكان تحت حكم المسلمين أمم ذات حضارات عريقة في مصر وفارس وسورية ثم شمال افريقية ، وماجت المدن الاسلامية الكبرى بأمشاج من الامم وعناصر مختلفة الاجناس ، فكان لابد اذن من أن يجدّ في شؤون الاجتماع والسياسة أحداث تستدعي النظر فيما يصلح لها من الحلول الفقهية ، وأن يحتاج المسلمون الى نظم وأحكام من روح الاسلام لم يكن في عهد الرسول ما يضطرهم اليها ، ويدفعهم الى التفكير فيها •

لذلك كان لابد لصحابة الرسول عليه السلام من الاجتهاد في حلول تلك الامور المعقدة التي تعرض لهم •

وقد كانت طريقتهم في اجتهادهم هذا أن يلجؤوا الى كتاب الله ، فان وجدوا فيه الحكم فيما يرون تمسكوا به ، وان لم يجدوه اتجهوا الى المأثور عن رسول الله (ص) ، واستشاروا ذاكرات أصحابه فيما يحفظون عنه من حكم في القضية • فان لم يكن بينهم من يحفظ حديثا عن رسول الله في الموضوع التجؤوا الى استعمال « الرأي » ، فاجتهدوا بآرائهم وحكموا افهامهم فيما يرونه أشبه بالمعروف من مقاصد الشريعة وقواعدها في اقامة العدل ، واستقامة المصالح التي أوضحت سبلها •

ومثلهم في ذلك مثل القاضي المقيد بنصوص قانون ، فاذا لم يجد في النص ما يحكم به في قضية بين يديه طبق ما يراه عدلاً وانصافاً •

٥٠ ـ معنى الرأي :

وقد أوضح ابن القيم في كتابه « اعلام الموقعين » (١/٧٦) معنى

« الرأي » الفقهي على حد ما كان يفهمه الصحابة ، فأفاد أن الرأي هو :

« ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات » .

والرأي بهذا المعنى أوسع من مفهوم القياس الفقهي الخاص ، وهو « الحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلة مشتركة جامعة بينهما » لأن الرأي بهذا المعنى يشمل القياس المذكور ويشمل أيضا الاستحسان والاستصلاح اللذين تقدم بيانهما في بحث المصادر التبعية .

وقد قسم ابن القيم هذا الرأي الى صحيح وباطل ومشتبه ، وميز بين هذه الاقسام ، ونزل عليها بالتوزيع ما ورد عن الصحابة من ذم الرأي تارة ، والعمل به تارة اخرى .

غير أن منهاج الفقه في هذا العصر الثاني لم يتبدل عن سابقه ، فقد ظل الفقه ، كما كان في عصر الرسالة ، واقعيا وعمليا تعالج فيه الحوادث بالتماس أحكامها بعد وقوعها ، على وفق ما ترشد اليه نصوص الكتاب والسنة ، وتوحي بفهمه المصالح الاسلامية التي رعاها الشارع .

٥١ ـ والشيء البارز الذي يتميز به هذا العصر يتعلق بمصادر الفقه أكثر مما يتعلق بالفقه نفسه ، وهو أمران :

الاول ـ استعمال الرأي والقياس بصورة بارزة في استخراج الاحكام لما لم يسبق من الحوادث بسبب مواجهة الاجتهاد .

وقد كان الاجتهاد والرأي في حياة الرسول عليه السلام لا يمارسه الصحابة الا قليلا ومؤقتا كما سبق بيانه .

والثاني ـ تولد الاجتماع اذ كان منهاج الخليفتين الاولين ابي بكر وعمر رضي الله عنهما جمع الصحابه في الحوادث ، واستفتاءهم ، والعمل بما يتفقون عليه كما تقدم •

٥٢ ـ منهاج اجتهادات عمر بن الخطاب البارزة في هذا العصر :

وقد تميز هذا العصر أيضا باجتهادات بارزة للخليفة الثاني عمر بن الخطاب في حوادث معينة تجلت فيها لهذا الخليفة العظيم عبقرية فقهية تصلح أن تكون دستورا لمنهاج الفقه الواقعي • فمن ذلك :

١ ـ منعه عن الاشخاص المؤلفة قلوبهم من الموجودين في عهده ماكانوا يتناولونه من بيت المال من عطاء « راتب » مع أن سهم المؤلفة قلوبهم في العطاء مقرر بنص القرآن ، وقد كان هؤلاء الاشخاص يأخذون بهذا العنوان منذ عهد الرسول عليه السلام •

لكن عمر نظر الى علة النص لا الى ظاهره فقد كانت علة اعطائهم تأليفهم لاتقاء شرهم عندما كان الاسلام ضعيفا ، فلما قويت شوكة الاسلام زال الداعي الى اعطائهم • والقرآن لم يوجب اعطاء اشخاص باعيانهم واسمائهم من هذا السهم[1] •

---

(١) وليس معنى ذلك أن عمر رضي الله عنه قد ابطل أو عطل نصا قرآنيا آمرا ، ولكنه رأى أن أولئك الاشخاص الذين كانوا يعدون من المؤلفة قلوبهم ويعطيهم النبي (ص) هذا السهم من بيت المال لاحتياج دعوة الإسلام الى ترغيبهم وتأييدهم وتاليف قلوبهم لم يبق للإسلام حاجة في شراء تأييدهم بالمال بعد ان استتب له الامر ، واصبحوا هم في حاجة الى الاعتزاز به •

فهو انما حبس العطاء عن هؤلاء الاشخاص بأعيانهم ، أما سهم التاليف والترغيب فحكمه في القرآن باق لم يتوقف •

←

٢ ـ وكذا اجتهاد عمر في وقف تنفيذ حد السرقة على السارقين

⟵

فاذا تجددت للامة حاجة في زمان أو مكان آخر الى تأليف القلوب ، أو تأليب القوى لدفع عدو ، أو ترغيب من لا ترغبه الفضائل السامية كما يرغبه المال ، فانه يعطى من هذا السهم المرصود لهذه الحاجة ، كشأن النفقات التي تخصصها الدول اليوم في ميزانياتها لاجل **الدعاية السياسية**. فاذا انقضت حاجة الدعاية في مكان أو في فئة لايسوغ عندئذ صرف المال الى من تحتاج الدعاية اليه ، بل يوفر المال على خزينة الدولة ريثما تتجدد الحاجة . وقد يتغير وجه الحاجة بين عصر وعصر ، فيستغنى عن اعطاء اشخاص كانوا يعطون لوجاهتهم ونفوذهم كما كان في الماضي ، ويحتاج الى اعطاء أرباب الصحف ، او انشاء مجلات دعاية ، أو محطة اذاعة لاسلكية ، كما في عصرنا اليوم .

قال الامام ابو عبيد القاسم بن سلام في كتابه « **الاموال** » بمناسبة ما اشترطه النبي عليه الصلاة والسلام لبني ثقيف أهل الطائف عند دخولهم في الاسلام ما نصه :

« وفيه أنه شرط شروطا عند اسلامهم خاصة لهم دون الناس ، مثل تحريمه واديهم ، وأن لا يدخله أحد يغلبهم عليه، وان لايؤمر عليه الا بعضهم .

وهذا مما قلت لك : ان الامام ناظر للاسلام وأهله ، فاذا خاف من عدو غلبة لا يقدر على دفعهم الا بعطية يردهم بها فعل ، كالذي صنع النبي (ص) بالاحزاب يوم الخندق . وكذلك لو أبوا أن يسلموا الا على شيء يجعله لهم ، وكان في اسلامهم عز للاسلام ، ولم يأمن معرتهم وبأسهم اعطاهم ذلك ليتألفهم به ، كما فعل رسول الله (ص) بالمؤلفة قلوبهم الى ان يرغبوا في الاسلام ، وتحسن فيه نيتهم .

وانما يجوز من هذا ما لم يكن فيه نقض للكتاب ولا للسنة .

ويبين ذلك ان رسول الله (ص) لم يجعل لهم فيما اعطاهم تحليل الربا ، الا تراه قد شرط عليهم أن لهم رؤوس أموالهم ؟ » .

(الاموال ، ج١ ص/١٩٣ ـ ١٩٤ / الطبعة الاولى بمطبعة الحجازي بالقاهرة) .

في عام المجاعة المسمى : « عام الرمادة » ؛ واكتفائه بتعزير السارق بدلا من قطع يده . وهذا من عمر ليس تعطيلا لحد السرقة الشرعي بل هو اجتهاد حكيم منه في تطبيق شرائط هذه العقوبة ، لان من شرائطها شرعا أن لا يكون السارق مضطرا الى السرقة اضطرارا . فقد اعتبر عمر في ذلك شبهة عامة في أنهم كانوا يسرقون عن ضرورة ملجئة ، وقد قال النبي عليه السلام « ادرؤوا الحدود بالشبهات » .

٣ ــ وكذلك اطلاقه النكاح لزوجة المفقود بعد أربع سنين من فقده دون انتظار تحقق وفاته أو موت لداته ــ أي اقرانه في العمر ــ كما سلف ذكره في بحث المصالح المرسلة . (ر : ف ٣/٢٩) .

٤ ــ وكذلك اجتهاد عمر في منع تقسيم اراضي سواد العراق وأراضي مصر على المجاهدين الفاتحين لها الذين طالبوا بتقسيمها بينهم كما تقسم الغنائم الحربية بعد تخميسها ، محتجين بظواهر بعض نصوص القرآن والسنة في حقوق المجاهدين الغانمين في الغنيمة ؛ فانهم أرادوا اعتبار اراضي البلاد المفتوحة كالغنائم الحربية توزع على الجيش الفاتح .

وقد ذهب عمر الى خلاف رأيهم ، فاعتبر الاراضي من الفيء الذي تتعلق به حقوق المسلمين عامة حاضرهم وآتيهم ، رعاية لمصلحة الاجيال وحقوقها في بيت المال ، وفقا لما ينبيء به النظر السديد الى مجموع النصوص القرآنية لا الى بعضها دون بعض .

فأبقى عمر الارضين لاهليها ، وطرح عليها ضريبة الخراج ؛ لان ذلك أصلح لاحيائها ، وأعم وأدوم لنفعها وريعها[1] .

---

(١) بيان ذلك انه قد وردت آية الغنائم في سورة الانفال تقول :

« **واعلموا أن ما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول**

←

هذا ، وان عمر هو أول من انشأ منصب القضاء مستقلا عن غيره من

ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » ٠

فعينت الآية مصرف الخمس من الغنائم الحربية لجهات عامة ، وبينت السنة بفعل النبي عليه السلام كيفية توزيع الباقي بين الغانمين ٠

ثم جاءت آية الفيء في سورة الحشر تقول :

« ما افاء الله على رسوله من أهل القرى فلله والرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الاغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب ٠ للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم « ٠٠٠ « والذين تبوؤوا الدار والايمان من قبلهم » ٠٠٠٠ « والذين جاءوا من بعدهم » الخ ٠٠٠

فأفادت هذه الآية ان الفيء يفيد منه جميع المسلمين حاضرهم وآتيهم ولا يختص بالمجاهدين الفاتحين ، بل يوضع في بيت المال ٠

والفرق بين الغنيمة والفيء في الاصطلاح الشرعي ان الغنيمة ما استخلصت من العدو المحارب بقوة السلاح ، والفيء ما تركه الاعداء عن رعب ، أو أدوه عن قهر وغلبة ، ولم يؤخذ منهم بايجاف الخيل وصولة الجيش في المعارك الحربية ٠ فيشمل الفيء الضرائب التي تفرض عليهم كالجزية على الاشخاص ، والخراج على الاراضي ٠

وقد ثبت في السنة انه عندما فتح النبي عليه السلام خيبر ـ وقد فتحت عنوة لا صلحا ، ونزل أهلها المحاربون على حكم الجلاء ـ عدت أراضيها من الفيء وعزل النبي نصفها ، ((وقيل خمسها) ، فتركه للنوائب والنوازل، وقسم الباقي بين الفاتحين ٠

فلما فتح سواد العراق في خلافة عمر طالب الفاتحون بتقسيم أراضيه بينهم كالغنائم ، وكان رأي عمر عدم جواز تقسيمها ، فجمع الناس واستشارهم ٠ فكان رأي عامتهم تقسيمها ، الا عليا وعثمان وطلحة ومعاذ ابن جبل ، فقد كان رأيهم كرأي عمر ٠ وقال له معاذ :

الاعمال ، وكان قبل ذلك تابعا لولاية الامراء والعمال ، ومن جملة وظائفهم ٠

« انك ان قسمتها صار الريع العظيم في ايدي هؤلاء القوم ٠ ثم يبيدون فيصير ذلك **الى الرجل الواحد او المرأة** ، ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون من الاسلام مسدا ـ أي يكون لهم في الاسلام بلاء حسن ونفع ـ وهم لا يجدون شيئا، فانظر أمرا يسع أولهم وآخرهم » ٠

فألح الفاتحون في طلب تقسيم الارضين عليهم بعد تخميسها ، بحجة ما فعل النبي بخيبر ، وامتنع عمر عن تقسيمها ، فرأى ان البلاد المحيطة قد تم فتحها ، وان الاراضي فيء فلا يستحق الفاتحون ملك أعيانها ، بل للامام النظر فيها بما هو أصلح لاحيائها وأدوم نفعا لجماعة المسلمين ، وانما قسم النبي عليه السلام ما قسمه من أرض خيبر اذ رأى المصلحة في ذلك لحاجتهم حينذاك الى الارض ٠

فمكثوا يتناقشون أياما حتى قال عمر وجدت الحجة عليهم بآخر آية الحشر اذ قالت في بيان من يستحقون من الفيء : « والذين جاؤوا من بعدهم » ٠ فقال عمر : « ما أرى هذه الآية الا قد عمت الخلق كلهم حتى الراعي بكداء » (**كداء « وزان سماء » : اسم جبل بأعلى مكة**) ٠ ثم قال لهم عمر :

« تريدون أن يأتي آخر الناس ليس لهم شيء ، فما لمن بعدكم ؟ ولولا آخر الناس ما فتحت قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر » ٠

فقرر عمر أن تبقى الاراضي والانهار لاهلها وعمالها ، وأن يفرض عليها الخراج ٠

ثم أمر ان يفعل كذلك بأراضي مصر لما وقع فيها نظير هذا الخلاف بين الزبير بن العوام وعمر بن العاص امير مصر (**ر : كتاب الاموال للامام ابي عبيد القاسم بن سلام ، الفقرات** /١٤١ ـ ١٥٣ / ، وكتاب الخراج لابي يوسف ، وفتح الباري ، ج ٦ ص/١٣٨/ ، واحكام القرآن لابي بكر الجصاص في سورة الحشر) ٠

ومن الواضح ان هذا الاتجاه الحكيم من عمر في التمييز بين الغنائم الحربية المنقولة وبين الاراضي انما كان تمسكا بدلائل النصوص ، وجمعا بينها ، واعمالا لكل منها بتنزيله على منزله الذي يرشد اليه النظر الجامع السديد ، لا كما يوهمه كلام بعض المتوهمين اليوم من ان عمر خالف في هذه القضية نصوص الشريعة ، ويعلون هذه المخالفة بزعمهم عبقرية اجتهادية ! فقد رأيت بما نقلناه ان عمر كانت حجته النص القرآني نفسه الذي افحم به مخالفيه ، واثبت رجحان فهمه فيه ، وكان على رأيه كبار فقهاء الصحابة كعلي ومعاذ ٠

ومن هنا اختلفت الاجتهادات في حكم الاراضي التي يفتحها الجيش الاسلامي عنوة على ثلاثة مذاهب :

ـ مذهب يرى انها تقسم بعد الخمس على الجيش الفاتح كالغنائم المنقولة ٠ والى هذا ذهب الاجتهاد الشافعي ٠

ـ ومذهب يرى انها تكون وقفا حبيسا على جميع المسلمين ، فتوضع ثمرتها في بيت المال وتصرف الى مصالحهم وحاجاتهم العامة ٠ والى هذا ذهب الاجتهاد المالكي ٠

ـ ومذهب يرى ان امرها يعود الى نظر الامام وتقديره بحسب ما يرى من الحاجة والمصلحة : فان شاء عزل منها الخمس أو اكثر منه لبيت المال ، وقسم الباقي على الفاتحين ، كما فعل النبي عليه السلام بأرض خيبر ، وان شاء ترك الارضين لاهلها وطرح عليها ضريبة الخراج ، كما فعل عمر بسواد العراق ومصر ٠ والى هذا ذهب الاجتهاد الحنفي ٠ (ر : الاموال لابي عبيد القاسم بن سلام الفقرة/١٤٩ و ١٥٣ ، وبداية المجتهد بن رشد ١/٣٢٤ ، ورد المحتار ، ج٣ ص ٢٢٨ ـ ٢٣٤ باب المغنم وقسمته) ٠

تنبيه هام :

هذا ، ولا يخفى ان القرآن لم ينص على وجوب توزيع الغنائم الحربية حتى المنقولة منها بين المجاهدين الفاتحين ، وانما نصت آية الانفال على مصارف معينة لخمس الغنائم ٠

وتوزيع الاخماس الاربعة الباقية على الغانمين انما جاءت به السنة ٠

في العراق من فقهاء الطبقات التالية التي سيأتي ذكرها ، فقد تأثر هؤلاء بفقه ابن مسعود في الكوفة ، وكان هو يسير على طريقة عمر •

→

وهذا النوع من السنة يعد – بحسب قواعد الشريعة – **من السياسة الشرعية** والتدابير المصلحية التي يفعلها النبي عليه السلام بصفة ولايته العامة في الحكم والادارة لا بصفة النبوة والتشريع ، فلا تفيد حقا تشريعيا ثابتا لا يتبدل كحكم النبي عليه السلام للجدة بفريضة السدس في الميراث ، بل ان لكل من يخلف النبي عليه السلام في هذه الولاية العامة أن يلجأ الى تدبير آخر عند الحاجة كما كان ذلك ممكنا للنبي نفسه (ص) •

فاذا تبدلت الظروف واقتضت الحاجة نظاما آخر للجندية تقوم فيه حقوق الجيش المجاهد لا على اقتسام الغنيمة ، بل على اساس اعاشة ووظائف مرتبة للجند ، وتكون الغنائم الحربية كلها للدولة ولا حق فيها للمقاتلين ، كما في زماننا وأنظمتنا اليوم ، فذلك سائغ شرعا ، وهو من قبيل الاستصلاح في شؤون الادارة العامة (ر : ف/٢٨) •

غير ان نظام توزيع الغنائم كان في صدر الاسلام هو التدبير الممكن من الوجهة المالية ، وهو الاصلح أيضا لسياسة الجهاد بالنسبة الى العرب في ذلك الزمن من الوجهة العرفية •

الفصل الثالث

الدور الفقهي الثالث

من منتصف القرن الاول الى أوائل القرن الثاني

٥٣ ـ هذا الدور كان فاتحة عهد تأسيسي للفقه الاسلامي .

فقد رأينا أن علماء الصحابة في اوائل خلافة الخليفة الثالث عثمان ابن عفان (رض) تفرقوا في الاقطار ، واستوطنوا مختلف الامصار ، بعد ان كان عمر لا يمكنهم ان يبرحوا المدينة لكي يستشيرهم في النوازل .

وقد حمل هؤلاء الصحابة الى مواطنهم الجديدة في الحجاز واليمن والعراق ومصر والشام حديث رسول الله (ص) واحكام الشريعة ، وتخرج على أيديهم طبقة التابعين في مختلف البلدان .

وقال ابن القيم :

« الفقه انتشر في الامة عن اصحاب ابن مسعود بالعراق ، وأصحاب زيد بن ثابت وابن عمر بالمدينة ، واصحاب ابن عباس بمكة » (اعلام الموقعين لابن القيم ، ج١ ص/٢٣) .

وكان لكبار الصحابة كعمر وابن مسعود وعلي (رض) أثر توجيهي في البلاد التي حلوا بها ، فتكونت تبعا لشخصياتهم واجتهاداتهم

مدارس[1] الفقهاء المختلفة في البلدان على أيدي تلاميذهم من التابعين الذين أصبحوا قادة تلك المدارس وأئمتها ، كسعيد بن المسيب في المدينة وعطاء بن ابي رباح في مكة ، وابراهيم النخعي في الكوفة ، والحسن البصري في البصرة ، ومكحول في الشام ، وطاووس في اليمن •

فبهؤلاء وأمثالهم ومن تلاهم من تابعي التابعين دارت عجلة الفقه دورتها المذهبية • وكان كل منهم متأثرا بفقه من لازمه من الصحابة وطريقته الاجتهادية •

٥٤ ـ نشوء مدرستي أهل الحديث وأهل الرأي :

وكان أهم تلك المدارس مدرستا المدينة والكوفة ، أي مدرستا الحجاز والعراق •

وقد سميت بعد ذلك المدرسة الاولى : « أهل الحديث » ، لكثرة رواية حديث الرسول (ص) بينهم في الحجاز ، ولقلة حاجتهم الى استعمال الرأي في الاجتهاد ، لندرة الحوادث المدنية المعقدة لديهم •

وسميت المدرسة الثانية « أهل الرأي » لقلة انتشار الحديث النبوي في العراق بادىء الامر ، ولتعقد الحياة المدنية فيه ، وتشعب الافكار ، وازدحام الاعراف ، وكثرة الحوادث التي لم يعرف فيها نص صريح مما كان يلجىء الى استعمال الرأي •

---

(١) في الاصطلاح العصري يراد بالمدرسة في هذا المقام الجماعة الذين يصدرون عن نظرية أو مذهب واحد علمي أو فلسفي ، وقد يراد بها المذهب نفسه •

٥٥ ـ استقلال علم الفقه :

وفي هذا العصر استقل علم الفقه واصبح اختصاصا ينصرف اليه من ينصرف من أولئك الأئمة التابعين كمن تقدمت أسماؤهم •

وكان من أكبر العوامل على هذا الانصراف الذي تم به تأسيس الفقه علما مستقلا ، رغم الفتن والثورات الداخلية التي كانت تعصف أعاصيرها وتقصف ، انحراف الخلفاء الامويين عن سيرة الخلفاء الراشدين الأولين في المثل العليا الدينية والعملية • فكان من جراء ذلك ان اعتزل أهل العلم الاتقياء الحياة العامة ، ولزموا تلك الامصار ـ وخاصة المدينة ـ ينقدون الحكام ، وينشرون السنة النبوية والعلم •

وكما كان هذا دورا تأسيسيا في الفقه ، كان في الوقت نفسه تمهيدا لاتجاه الفقه نحو الفرضيات التي صبغته بصبغة نظرية ابعدته فيما بعد عن الاستمداد من الحياة العملية التي كان يستمد منها عهد الخلفاء الراشدين ، واصبح الفقه يثمر من النظر والافتراض أكثر مما يثمر من وقائع الحياة الفعلية[١] • فكان هذا العهد نقطة الارتكاز في تحول الفقه بعد ذلك عن صفته الواقعية •

٥٦ ـ شيوع طريقة الرأي في الفقه :

وفي هذا العصر شاع وكثر استعمال « الرأي » في الفقه بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح ، لاستخراج الاحكام فيما ليس فيه نص يخصه ، والاستنتاج من دلائل النصوص وعللها ، رغم ما أورثته كثرة استعمال الرأي من رد فعل لدى أهل الحديث الذين

---

(١) ر : كتاب « نظرة عامة في تاريخ الفقه » للاستاذ علي حسن عبد القادر ص/١٠٨ •

توجسوا خيفة من أن تفشو طريقــة الرأي فتؤدي الى التقول في الشريعة بحسب الهــوى لا بحسب الدليــل ، فناهضــوا أهــل الــرأي مناهضــة قوية ، حتى وجــد بعد ذلك في العصــر التــالي من نفى جــواز القيــاس في الشريعة وانكر طريقته ، كداود الظــاهري ومن تبعــه من متــأخري الظاهرية[1] كابن حزم ٠

غير أن نفاة القياس قد اضطروا أخيرا اليه تجاه لحوادث الجديدة ٠ فقد قال أبو الفداء :

« وكان داود يرفض القياس في الشريعه ثم اضطر اليــه فسماه دليلا » ٠

وطريقة أهل الرأي من غير شك هي الطريقة الطبيعية المعقولة ٠

ويقول الاستاذ علي حسن عبد القادر في كتابــه « نظرة عامــة في تاريخ الفقه » عن طريقة الرأي :

« انها هي اشرف الطريقتين ؛ لان الاحاديث التي تؤخــذ منها الاحكام قليلة غير كافية لتنظيم كل العلاقات وتقنينها ٠ فاذا اريد ان لا تملأ بالاحاديث غير الصحيحة كل ثغرات الفقه فيجب ان يجتهد في القليل الموجود بكل طرق الاستنتاج الاولى لكي يبنى صرح الفقه ٠

والعالم النظري قد يستطيع بسهولة ان يرفض ضرورة الراي في مصدرية التشريع ، لانه لا يتصــل بحوادث الحيــاة العملية ٠ اما القاضي في بلــد كالعــراق فلا يمكنــه ان يقوم

---

(١) **الظاهرية** : هم الذين يتمسكون بظاهر نصوص الكتاب والسنة ويطرحون اعتبار العلل والرأي والقياس ٠ ورئيس مدرستهم ابو سليمان داود بن علي بن خلف ، المشهور باسم : **داود الظاهري** ٠

بوظيفته دون القياس والـرأي في الحوادث والمسـائل التـي لاتخطر على بال الحجازيين » .

٧٥ ـ وفي هذا العصر افترق لفظ « العلم » عن لفظ « الفقـه » في الدلالة ، فأصبح يراد من العلم : معرفـة النصوص ؛ ومن الفقـه : ملكة فهـم الاحكام من تلك النصـوص . وبتعبـير آخـر : انصرف العلم الى « الروايـة » والفقـه الى معنى « الدرايـة » كما افترق لفظ « السـنة » عن لفظ « الحديث » في الدلالة على نحو ما بينـاه في مطلع البحث عن السنة . (ف/٧.) .

وفي هذا العصر ظهر في العراق فقه الشيعة الذي يخالف فقه أهـل السنة في نواح .

وان أقرب الفقه الشيعي الى أهل السنة فقه الزيدية المنسـوبين الى زيد بن علي زين العابدين ، وكان اماما ذا شخصية علمية متعددة النواحي. وقد قيل أن أبا حنيفة كان من تلاميذه .

وقد وضع في الفقه الزيدي كتاب « المجموع » المنسـوب الى زيـد نفسه يرويه عنه ابو خالد عمرو بن خالد الواسطي . وقد طعن العلمـاء الثقات من القديم في صحة نسبة هذا الكتاب الى الامـام زيد لان راويـه الاوحد الواسطي متهم بالكذب . وعلى كل حال ان لم يكن « المجموع » أقدم كتاب في الفقه فهو من أقدم الكتب فيه .

الفصل الرابع

الدور الفقهي الرابـع

من أوائل القرن الثاني الى منتصف القرن الرابع

٥٨ ـ في هذا العصر تضخم الفقه جدا ، ونهض نهضته الرائعـة بعد عهده التأسيسي السابق •

ونشأت في هذا الدور الواسع مذاهب واجتهادات فقهية جمة : منها المذاهب الاربعة ، وكثير غيرها[١] •

---

(١) المذاهب الاربعة هي المذهي الحنفي ، والمالكي ، والشافعي ، والحنبلي :

أ ـ فالمذهب الحنفي ينسب الى امامه أبي حنيفة النعمان بن ثابت ، وهو فارسي الاصل ، ويسمى : **الامام الاعظم** • ولد سنة /٨٠/ وتوفي سنة /١٥٠/ هـ وكان امام العراقيين • وقد انتقلت زعامة أهل الرأي اليه ، واستقرت عليه ، ووطد طريقة الاستحسان ، واشتهر بقوة الحجة وسرعة الجواب المفحم ، وعبقرية الفهم والاستنباط •

وأشهر تلاميذه اثنان .

الاول ـ ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم الذي تولى سلطة القضاء في الدولة العباسية في عهد الرشيد ، والف كتاب « **الخراج** » •

والثاني ـ محمـد بن الحسن الشيباني وهو من عبـاقرة الفقهـاء الاذكياء ، ومن أئمة اللغة ايضا• وابو يوسف ومحمد يلقبان « **الصاحبين** »• واليهما في الدرجة الاولى يعود الفضـل في تدوين فقه ابي حنيفة ونشـر مذهبـه • .

وقد اشتد في أوائل هذا الدور الخلاف بين مدرستي الرأي والحديث ، ثم استقر فيه اعتبار الرأي طريقة فقهية صحيحة بحدودها

ب ـ والمذهب المالكي ينسب الى امامه مالك بن أنس الاصبحي ، وكان عالم المدينة وامام الحجازيين · ولد سنة /٩٣/ وتوفي سنة /١٧٩/هـ ويعتبر مذهبه وسطا معتدلا بين أهل الرأي والحديث ، لكثرة استناده الى الحديث اذ كانت روايته قد انتشرت ، ولا سيما في مدينة الرسول عليه السلام · على ان مالكا يعد الى جانب أهل الرأي ، ومذهبه وأصوله الى الرأي أقرب نسباً ·

وقد استفاد من مركزه في المدينة الاتصال الدائم بعلماء الآفاق كلها في موسم الحج ، واجتمع فيه بأبي حنيفة وناظره وقال عنه : « **انه لفقيه** » (ر : كتاب « **مالك** » للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ، ص/١) ·

ج ـ والمذهب الشافعي ينسب الى امامه محمد بن ادريس الشافعي القرشي · وقد ولد سنة /١٥٠/ هـ في غزة ، وربي يتيما ، ورحل الى العراق والحجاز ، فأخذ عن اصحاب ابي حنيفة وعن مالك · ثم استقر في مصر وترك آراءه القديمة واسس مذهبه الجديد ، وتوفي سنة /٢٠٤/ بالفسطاط · وكان جم المواهب ، ويعد مذهبه الى أهل الحديث أقرب · وقد انكر على شيخه مالك طريقة **الاستحسان** ·

د ـ والمذهب الحنبلي ينسب الى امامه احمد بن حنبل الشيباني تلميذ الامام الشافعي وقد ولد ببغداد سنة /١٦٤/ هـ وعني بالحديث فبرع فيه واشتهر ، ولذا كان مذهبه اكثر اصطباغا بالحديث · توفي سنة /٢٤١/ ·

وقد وجد سوى هؤلاء الاربعة مجتهدون أعاظم كثير عددهم متعاصرون ومتعاقبون ، كان لهم فقه جليل وآراء قيمة لا يزال بعضها مسجلا في الكتب التي دونت اختلاف الفقهاء · ولكنهم لم يكتب لمذاهبهم الخلود لاسباب ، منها انهم لم يرزقوا تلاميذ ذوي قدرة ونشاط يستطيعون حفظها ونشرها ·

فمن أولئك المجتهدين شيوخ هؤلاء الائمة الاربعة ، أي أساتذتهم ، كحماد بن ابي سليمان شيخ ابي حنيفة ، وابراهيم النخعي والشعبي

وأصولها الشرعية التي أوضحها أصحابها ، ودفعوا بها عن هذه الطريقة الشبهات ، بما يبعدها عن معنى القول بالتشهي والهوى المجرد عن الدليل الشرعي .

يقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة :

« لكن الفارق لم يستمر طويلا بين أهل الرأي والحديث ، فان الطبقة التي جاءت بعد الائمة اصحاب المذاهب وتلاميذهم قد تلاقوا مهما يختلف اساتذتهم :

فالامام محمد من اصحاب ابي حنيفة يرحل الى الحجاز ويدرس كتاب « الموطا » للامام مالك .

والشافعي يتلقى عن محمد بن الحسن فقه أهل الرأي . وابو يوسف نفسه يؤيد آراء كثيرين من أهل الرأي بالاحاديث .

ولذا نجد كتب الفقه المختلفة مملوءة بالرأي والحديث معاً ، مما يدل على تلاقيهما وان اختلف الفقهاء كثرة وقلة في الاخذ باحدهما دون الآخر » (ر : مقدمة « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ المشار اليه ، ف/١٦ ، ص/٣٧) .

←

شيخي حماد ، وكربيعة الرأي ، وابن شهاب الزهري ، ويحيى بن سعيد ، من شيوخ مالك .

ومنهم ايضا غير شيوخهم من معاصريهم الكثيرين ، كجعفر الصادق وزيد بن علي زين العابدين ، والاوزاعي ، وعبد الرحمن بن ابي ليلى ، وابن شبرمة المعاصرين لابي حنيفة ، وكالليث بن سعد بمصر من اكابر المجتهدين المعاصرين لابي حنيفة ومالك ، وكان بينه وبين مالك مقابلات ومراسلات فقهية حفظت ونشرت . (انظر الرسالتين المتبادلتين بين مالك والليث بن سعد في كتاب « **مالك** » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الاول ف/١٠٢/ ص ١٠٣ ـ ١١٤) .

وقد أصبح المحكومات في هـذا الدور اتجاه مذهبي في القضاء والحسبة[1] والجباية وغيرها من الاعمـال ، فكان مثـلا فقه أبي حنيفـة ومدرسته هو المذهب السائد في قضاء الدولة العباسية ، وارتبطت العادات والاعراف المحلية بالفقه ، وبنيت عليها الاحكام •

٥٩ ـ وفي أوائل هذا العصر بدىء بتدوين الفقه تدوينـا علميـا مذهبيا • ومن أقـدم كتبـه كتب **محمد بن الحسن الشيباني** تلميـذ أبي حنيفة الذي جمع مذهبه ، وكتـاب « **الموطأ** » لمالك بن أنس ، وكتـاب « **الأم** » للشافعي •

ـ وبدىء أيضا في هـذا الدور بتدوين علم **اصول الفقه** ، ضبطا لقوانين استنباط الاحكام ، بعد فساد السليقة العربية في الالسنة •

وقد كان هذا العلم الجليل قبل ذلك أصولا وقواعد غير مجموعـة يعرفها الراسخون في علم الشريعة ، وتصدر عنها أفهامهم في فقههم •

وأول كتاب الف في علم أصـول الفقـه « **الرسالة** » في الاصـول للامـام الشافعي •

ولم يكن هو واضع هذا العلم وقواعده ، فان كل مجتهد انما يسير في اجتهاده على أصول يرعاها ويحاجُّ بها • وانما الشافعي هو أول من أملى ودون المسائل الاساسية الاولى في علم أصول الفقه •

---

(١) **الحسبة** (بكسر فسكون) : هي في الاسلام وظيفة تنفيذية لتأييد واجب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أي حماية المصالح العامـة التي تسمى في الاصطلاح القانوني اليوم « **النظام العام** » ، كقمع الغش والتشرد وكل فساد • والموظف الذي يقوم بهذه المهمة يسمى : **المحتسب** • (ر : كتاب « **معالم القربـة في أحكام الحسبة** » لابن الاخوة ، طبعـة ليـدن ، الباب الاول) •

ـ وقد ظهرت في هذا الدور الاصطلاحات الفقهية الكثيرة التي كانت ثروة خالدة في لغة الفقه والحقوق • وقد اختلفت تلك الاصطلاحات باختلاف المذاهب وأماكنها •

ـ وفي هذه المرحلة اشتدت الصبغة النظرية في الفقه ، وظهرت فيه طريقة افتراض الحوادث قبل أن تقع ، وتقرير أحكامها سلفا ، مما كان له أعظم تأثير في تضخم الفقه وتوسعه وشحذ الافكار فيه •

ولكن كان فيما بعد للتعمق في ذلك من المساوىء أن ابتعد الفقه في كثير من أحكامه عن الحاجة العملية والمصالح الزمنية ، ووجدت فيه طائفة من المسائل يكاد يكون وقوعها مستحيلا ، ودراستها اضاعة للوقت •

ـ وفي حدود هذا الدور الواسعة كان تقعد كثير من القواعد الكلية ، والضوابط الفقهية مستمدة من دلائل النصوص • وذلك كقاعدة « **اليقين لا يزول بالشك** » وقاعدة « **الاصل براءة الذمة** » وقاعدة « **العادة محكمة** » [1] وقاعدة « **الضرر يزال** » وقاعدة « **المشقة تجلب التيسير** » وغيرها من القواعد الكثيرة التي كانت تدور في أصول المذاهب ، فاخذت معانيها صيغا لفظية ثابتة ذات شمول واسع • وسيأتي تفصيل ذلك في القسم الثالث من هذا المدخل ، وهو القسم المخصص للبحث في القواعد الكلية وشرحها • (ر : ف/٥٦٠ ـ ٥٦٤) •

---

(١) **محكمة** : بفتح الكاف المشددة ، صيغة مفعول من التحكيم (ر : ف/٤٠) •

الفصل الخامس

الدور الفقهي الخامس

من منتصف القرن الرابع الى منتصف القرن السابع

٦٠ ـ في هذا الدور ركدت حركة الاجتهاد ، وأخلد الراغبون في الفقه الى العكوف على مذاهب أولئك المجتهدين السابقين ، وخاصة منهم الأئمة الاربعة • وتمركز كل مذهب من تلك المذاهب الاربعة في قطر أو أقطار • وتخرج في كل مذهب فقهاء عظام تناولوا المذهب بالتدوين والتنقيح والترتيب •

٦١ ـ اقفال باب الاجتهاد ونشاط حركة التخريج والترجيح المذهبية:

وفي النصف الاول من هذا الدور أفتى علماء المذاهب الاربعة باقفال باب الاجتهاد ، لقعود الهمم عن اكتساب مجموعة الصفات والعلوم اللغوية والشرعية بالقدر الذي يؤهل للاجتهاد في أحكام الشريعة • فقد ضعف تمييز العامة بين من يقتدى بهم ومن لا يقتدى بهم ، وخشي العلماء من الشذوذ الجاهل والتخبط الاهوج في الأهواء العلمية أن يهدم ما بناه أولئك العظام من فقه الشريعة بناء علميا صحيحا •

ويرى الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة[1] أن من العوامل

---

(١) ر : « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » ص/٣٨ـ٣٩ •

الفعليــة التي وجهت أفكــار رجــال المــذاهب الى الافتــاء باغــلاق باب الاجتهاد الاسباب التالية :

١ ــ التعصب المذهبي :

فقد تعصب التلاميذ لآثار أساتذتهم من الأئمة المجتهدين الذين أناروا العصر السابق ، وكشفوا ظلمات المسائل بنور عقولهم الساطع •

ولا يخفى أن التعصب لفـكرة يحمل الانســان على الجمود عليهــا والتعلق بأهدابها ، ودعوة الناس اليها دون ســواها • وهــكذا فعل أولئك الذين جاؤوا بعد الائمة السابقين ، فقد عنوا بدراســة مذاهبهم ونشــرها بدلا من السير على منهاجها ، والاجتهاد كما اجتهد أصحابها ، فوثق الناس بالسابقين ، وشكوا في أنفسهم •

٢ ــ ولاية القضــاء :

فقد كان الخلفاء يختارون القضاة أول الامر من المجتهدين لا من مقلديهم ، ولكنهم فيما بعد آثــروا اختيــارهم من المقلــدين ليقيــدوهم بمذهب معــين ، ويعينوا لهــم ما يحكمون عــلى أساســه ، بحيث يكونون معزولين عن كل قضاء يخالف ذلك المــذهب[١] ، ولان بعض القضـــاة

---

(١) لا شك ان من المصلحة تقييد القضاء باحكام مقننة معينة لكي يعلم الناس سلفا ما تخضع له معاملاتهم من الاحكام ، فيكونوا على بصيرة من صحتها أو فسادها •

ولكن ذلك لا يقتضي ان تكون الاحكام المقننة للقضاء مختارة من مذهب واحد ، بل يختار من كل مذهب ما هو أسد دليلا ، وانطق حكمة ، واجرى مع المصلحة ، فيكون مجموعة فقهية كقانون يتقيد به القضاء ، ثم يتجدد الاختيار من المذاهب تبديلا وتعديلا كلما دعت الحاجة واقتضت المصلحة بحسب اختلاف الزمان •

←

المجتهدين كان يتعرض الفقهاء المذهبيون لتخطئته ، فيكون حكمه مثارا لنقد الناس ، لا سبب اطمئنان لهم ٠

←

وهذا ما اشار به عبد الله بن المقفع على الخليفة العباسي ابي جعفر المنصور ، ان يوحد ما يقضى به بين الناس في قانون يدونه ويختاره من آراء القضاة المجتهدين والفقهاء في ذلك العصر بعد تمحيصها والترجيح بينها ٠

فقد بين ابن المقفع في رسالته المسماة « **رسالة الصحابة** » حال اختلاف القضاة المجتهدين اذ ذاك ، وكيف ان الامر الواحد يقضي فيه أحد القضاة برأي ، ويقضي غيره في نظيره بخلافه ، في الاموال والانكحة وغيرها ، ثم قال في خطابه للمنصور :

> **« فلو رأى أمير المؤمنين ان يأمر بهذه الاقضية والسنن المختلفة ، فترفع اليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتابا جامعا عزما ، لرجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ، ورجونا ان يكون اجتماع السير قربة لاجتماع الامر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه » ٠**

(رسالة الصحابة ، لابن المقفع ، المنشورة في جمهرة رسائل العرب للاستاذ احمد زاكي صفوة ، ج٣ ، رقم الرسالة/٢٦) ٠

وهذه فكرة من اجل الفكر لو انها نفذت اذ ذاك ٠

ولقد هم ابو جعفر المنصور ، ثم الرشيد من بعده ، ان يختار مذهب الامام مالك وكتابه « **الموطأ** » قانونا قضائيا للدولة العباسية فنهاهما مالك عن ذلك وقال :

> **« ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان ، وكل مصيب » ٠**

على ان حمل الناس على مذهب واحد معين بجملته لاي مجتهد كان ليس هو ما أشار اليه ابن المقفع ، وان كان تزول به مشكلة اختلاف الاقضية في الامر الواحد ٠

ولكن رأي ابن المقفع في ذلك اجل واسمى واعظم تحقيقا لفكرة الاستفادة من ثمرات اختلاف الاجتهادات كما سنرى ٠

وهكذ كان تقيد القاضي بمذهب يرتضيه الخليفة سببا في اكتفاء أكثر الناس به واقبالهم عليه •

٣ ـ تدوين المذاهب :

فان تدوينها قد سهل على الناس تناولهـا ، والناس دائمـا يطلبون السهل اليسير دون الصعب العسير •

وقد كان يدفـع الناس الى الاجتهـاد في العصـور السـابقة ضرورة ملجئة الى تعرف أحكام حوادث وشـؤون جديـدة لا يعرفـون حكمها الشرعي •

فلما جاء المجتهدون في الادوار السابقة ، ودونـوا أحكام الحـوادث التي عرضت والتي يحتمل عروضها ، صار الناس كلما عرضت لهم مسألة وجدوا السابقين قد تعرضوا لها ، فاكتفوا بمقالهم في شأنها، فسدّت حاجتهم بما وجدوا ، فلا حافز يحفزهم الى بحث جديد •

وساعد على ذلك ما للأقدمين من موقع علمي كبير جدير بالتقدير ، وما يكسبهم تفوقهم على مضي الزمن من اجلال ، وما يكون من عناية الامم بتكريم بسلفها الصالح ليرتبط حاضرها بماضيها برباط متين •

لهذا كله انصرف الناس الى التقليد ، اللهـم الا في تعرف علل الاحكام المذهبية ، أو ترجيح بعض الآراء في المذهب نفسه على غيرها •

ويسمى من أوتي القدرة العلمية على ذلك : « مجتهدا في المذهب » ، أي انه ليس مجتهدا مطلقا ذا مذهب مستقل ، بـل هو من أتبـاع امـام مجتهد ، ولكنه ذو رأي معتبر في ضمن مذهب امامـه ، وفي البنـاء على اصوله •

ومما هو جدير بالاعتبار أن اكثر الأئمة قد روي عنهم انهم كانوا ينهون عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم[1] •

فأبو يوسف صاحب أبي حنيفة يقول :

« لا يحل لأحد أن يقول قولنا حتى يعلم من أين قلناه » •

والشافعي يقول :

« مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل ، قد يحمل حزمة حطب وفيها أفعى تلدغه وهو لايدري » •

واحمد ابن حنبل يقول : **« لا تقلد في دينك أحدا » •**

وقد فرق أحمد بن التقليد والاتباع ، فقال :

« الاتباع ان يتبع الرجل ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه ، ثم هو في التابعين مخير » •

٦٢ ـ اجتهاد الجماعة :

هذا ، واذا كانت صيانة الاحكام الاجتهادية التي وجد منها ثروة فقهية كافية في الماضي قد اقتضت سد باب الإجتهاد الفردي ، ففي هذا الزمن تغير وجه المصلحة بما جد من عجائب الحضارة • فقد سخر الانسان فيه ما شاء من قوى الطبيعة الكونية حتى طار في الهواء وغاص مسافرا ومحاربا تحت الماء ، ثم حطم الآن الذرة واستخدم من قوتها ما حير العقول • وأصبح بفلكة زر من جهاز كصندوق صغير ، يرى فيه ويسمع من بلاد نائية • وغزا الفضاء فأطلق الاقمار الاصطناعية

(١) ر : « اعلام الموقعين » لابن لقيم ٢/٣٠١ ـ ٣٠٢ •

تدور حول الارض • ثم هو يوشك أن يحقق حلم الرحلة الى القمر ، وأصبحت المواصلات بين مشارق الارض ومغاربها تتم في سرعة لمح البصر بقوة الكهرباء ، وترابطت علائق الامم الاقتصادية بعضها ببعض ، وتلاقت قوانينها وجها لوجه • لذلك أصبح من مصلحة الفقه الاسلامي نفسه أن يقوم فيه اجتهاد من نوع آخر ، هو **اجتهاد الجماعة** على طريقة الشورى العلمية في مؤتمرات فقهية تضم فحول العلماء من مختلف المذاهب والاقطار ، ليفوا حاجة العصر من هذا الفقه الاسلامي الفياض الذي لا ينضب معينه •

وهذه الشورى هي الطريقة التي كان يلجأ اليها الخلفاء الراشدون في المشكلات العلمية والسياسية كلما حزبهم أمر •

وقد كان لعمر بن الخطاب شورى **خاصة** ، وشورى **عامة** •

ـ فشوراه الخاصة كانت تختص بعلية الصحابة من المهاجرين الاولين وكبار الانصار • وهؤلاء يستشيرهم في صغير أمور الدولة وكبيرها •

ـ وأما الشورى العامة فقد كان يجمع فيها ذوي الرأي من أهل المدينة اجمعين في الامر الخطير من أمور الدولة ، فيجمعهم في المسجد النبوي ، واذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة ، وعرض عليهم الامر ورأيه فيه •

فمن ذلك استشارته لهم في أراضي سواد العراق عندما اختلف فيها مع رجال الجيش الفاتح الذين أرادوا اقتسامها كالغنائم المنقولة مما تقدم ايضاحه ف/٥٢ • فقد جمع الصحابة وتناقشوا في ذلك ، وتكرر اجتماعهم يومين أو ثلاثة حتى استقر الرأي على موافقة عمر في

أنها فيء لا يقسم على الغانمين ، لأنه تتعلق بثمراته حقوق الأجيال القادمة أيضا •

(ر : مقدمة « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ ابي زهرة ، ف/١٢/ص ١٨) •

وأصل هذه الشورى في القرآن قوله تعالى عن المؤمنين : « **وأمرهم شورى بينهم** » • والامر يشمل الشأن العلمي والسياسي •

وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم طريقة الشورى في الشؤون القضائية بجمع أهل العلم ومداولتهم ، والصدور عن رأي مجتمع مشترك •

فقد روى مالك بن أنس بسنده الى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال :

« **قلت : يا رسول الله ، الامر ينزل بنا لم ينزل فيه القرآن ، ولم تمض فيه منك سنة ؟**

فقال : اجمعوا العالمين من المؤمنين ، فاجعلوه شورى بينكم ، ولا تقضوا فيه برأي واحد » •

(ر : اعلام لموقعين لابن القيم ١/٧٣ ـ ٧٤) •

ولا ريب أن هذا الرأي العلمي الذي يصدر عن الشورى المجتمعة والتحميص والتحقيق المشترك يكون أضمن للصواب والمصلحة من الآراء الفردية •

وقد تقدم أن هذه الشورى في عهد الخلفاء الراشدين هي التي نشأ بها فعلا مصدر الاجماع من مصادر الفقه الاسلامي •

وقد أخذ الاجتهاد المالكي بمبدأ هذه الشورى العلمية بين علماء كل زمن في تعديل الاحكام الفقهية عندما يتبدل فيها عرف الناس ومقاصدهم العملية •

وهذا هو اجتهاد الجماعة الذي نرى أنه لا يسوغ انقطاعه[1] •

٦٣ ـ مزايا هذا الدور :

ـ كان لكثير من فقهاء المذاهب في مرحلة هذا الدور اجتهاد مقيد محدود ، أي آراء فقهية قائمة على أصول المذهب الذي ينتمون اليه قد يخالفون فيها امام مذهبهم في بعض الاحكام مخالفة مستندة الى التخريج على أصوله نفسها بنظر آخر • (ر : ف/٦١) •

ـ وقد حل هذا الاجتهاد المقيد محل الاجتهاد المطلق الذي كان في طبقة أئمتهم •

ـ وقد بلغ النتاج الفقهي في مدى هذا الدور وسابقه على أيدي كبار المؤلفين المذهبيين مبلغا يجل عن التحديد والتصوير •

ـ وكانت في هذا الدور ، رغم توقف الاجتهاد ، جهود كبرى في تنظيم تلك المذاهب وجمع شتاتها ، ثم في تعليل مسائلها وتخريج الحوادث الجديدة على أصولها ، وفي ترجيح الآراء والاقوال التي يختلف فيها ضمن المذاهب •

ـ واتسع بذلك أيضا علم اصول الفقه على أيدي كبار رجال

---

(١) انظر في هذا الموضوع المحاضرة التي كتبها ونشرها الاستاذ الكاتب المؤرخ الكبير رفيق بك العظم رحمه الله بعنوان « **قضاء الجماعة وقضاء الفرد** » •

تلك المذاهب • وكان اتساعه نتيجة لازمة لتلك التوسعات المذهبيـة التـي يجب أن تستند اليه •

ـ ومما يمتاز به هـذا الدور تشعب الآراء الفقهيـه في كل مـذهب بسبب اتساع دائرته ، واختلاف آراء المخرجين فيـه لاحكام الحوادث ، مضافا ذلـك الى اختلاف الروايات في كثـير من الموضـوعات عن امـام المذهب نفسه ؛ اذ قد يكون له في الموضـوع الواحـد عدة آراء منقولـة مختلفة •

وهذا ما أدى الى استمرار حركة الترجيح والتصحيح لبعض الآراء والروايـات ، والتضعيف لبعضها ، ليعتمد المفتون والقضاة على الاقـوى منهـا •

ـ وقد ظهرت في هذا الدور كتب الفتـاوى التي سنبحث عنهـا في الدور السادس •

٦٤ ـ المناظرات المذهبية :

وكانت في هذا الدور منافسات ومناقشات ومناظرات واسـعة بـين رجـال المذاهب استمرت الى ما بعد ذلك ، تسودها صبغة العصبية المذهبية أكثر من الغرض العلمي •

وقد وصلت تلك المناظرات في العصور التاليـة لدى المتـأخرين من رجال المذاهب الى تشاحن بل تطاحن كريه ، وان كانت قد خلفت لنا كثيرا من الطرائف الفقهية ، واللطائف العلمية الدقيقة التوليد •

وكان المالكية أبعد من غيرهم عن معترك هذا الجدل المذهبي •

وان هـذه العصبيـة المذهبيـة في فقـه الاحكام لدى المتأخرين من

اتباع المذهب الاربعه كانت تغذيها عوامل زمنية قد وجهتها اتجاها معاكسا لروح التسامح والتقدير العلمي المتبادل المشهور بين أئمة تلك المذاهب أنفسهم •حتى لقد وصل بعض رجال المذاهب فيما بعد الى القول بأن من شرائط التقليد المذهبي أن يعتقد المقلد بأن مذهب امامه كله صواب يحتمل الخطأ ، ومذهب غيره خطأ يحتمل الصواب !! مع أن تلك المذاهب الفقهيه كلها تستمد استمدادا معتبرا من منابع الشريعة بأساليب صحيحة مختلفة مقبولة في فهم نصوصها والتخريج على قواعدها • ويعد هذا الاختلاف ثروة عظيمة في الفقه الاسلامي ونظرياته ، كما سنرى في الباب الخامس الآتي •

وان الاخلاص للشريعة التي يظهر هذا الاختلاف المذهبي ما فيها من قابلية للخلود واتساع لشتى النظريات الفقهية يوجب على رجال كل مذهب أن يعتزوا بوجود المذهب المخالف ، ويتبادلوا التقدير كما كان يفعل أئمة مذاهبهم من قبل •

الفصل السادس

الدور الفقهي السادس

في منتصف القرن السابع الى ظهور المجلة سنة ١٢٨٦ هـ

٦٥ ـ في هذا الدور أخذ الفقه بالانحطاط • فقد بدأ في أوائله بالركود وانتهى في أواخره الى الجمود ، وان كان في بحر هذا الدور الواسع قد برز بعض الفحول اللامعين ، من الفقهاء والاصوليين •

ففي هذا العصر ساد الفكر التقليدي المغلق ، وانصرفت الافكار عن تلمس العلل والمقاصد الشرعية في فقه الاحكام الى الحفظ الجاف ، والاكتفاء بتقبل كل ما في الكتب المذهبية دون مناقشة •

وطفق يتضاءل ويغيب ذلك النشاط الذي كان لحركة التخريج والترجيح والتنظيم في فقه المذاهب • واصبح مريد الفقه يدرس كتاب فقيه معين من رجال مذهبه **فلا ينظر الى الشريعة وفقهها الا من خلال سطوره** ، بعد أن كان مريد الفقه قبلا يدرس القرآن والسنة ، واصول الشرع ومقاصده •

وقد أصبحت المؤلفات الفقهية ـ الا القليل ـ أواخر هذا العصر **اختصارا** لما وجد من المؤلفات السابقة أو شرحا له • فانحصر العمل الفقهي في ترديد ما سبق ، ودراسة ألفاظ وحفظها •

وفي أواخر هذا الدور حل **الفكر العامي** محل **الفكر العلمي** لدى كثير من متأخري رجال المذاهب الفقهية •

٦٦ ـ طريقة المتون :

وقد شاعت كنتيجة لذلك طريقة « **المتون** » في التآليف الفقهية وأصبحت هي الطريقة السائدة العامة ، وحلت كتب المتأخرين فيها محل كتب المتقدمين القيمة في الدراسة الفقهية •

وطريقة المتون هذه يعمد فيها المتأخرون الى وضع مختصرات يجمعون فيها أبواب العلم كلها في ألفاظ ضيقة يتبارون فيها بالايجاز ، حتى تصل الى درجة المسخ أو الالغاز ، وتكاد كل كلمة أو جملة تشير الى بحث واسع أو مسألة تفصيلية ، كمن يحاول حصر الجمل في قارورة ! ويسمى هذا المختصر « **متناً** »(١) •

ثم يعمد مؤلف المتن نفسه ، أو سواه ، الى وضع « **شرح** » على المتن لايضاح عباراته ، وبسط تفاصيل مسائله ، والزيادة عليها •

ثم توضع من قبل آخرين تعليقات على تلك الشروح تسمى « **الحواشي** » ثم توضع على تلك الحواشي ملاحظات تسمى « **تقريرات** » •

---

(١) **المتن** (بفتح فسكون) : اصل معناه في اللغة ما يكون في جانب صلب الحيوان من لحم وعصب ، فللظهر متنان عن جانبي العمود الفقري• وقد يطلق المتن في الاستعمال على الظهر كله • (ر : المصباح المنير) •

وقد سموا به في الاصطلاح هذه المختصرات العلمية ، لانها تتضمن المسائل الاساسية التي يحمل عليها غيرها ، كما ان الظهر اساس للركوب والحمل •

وتتضمن تلك الشروح والحواشي والتقريرات كثيرا من المناقشات اللفظية في حل العبارات والالفاظ دون المقاصد الجوهرية في العلم • وقد يضيع الموضوع الواحد أو يتشتت ما بين المتون والشروح والحواشي والتقريرات •

ولا نعني بهذا خلو الحواشي من الفوائد العلمية ، بل هي مشحونة بكثير من التحليل والتحقيق والتمحيص والمباحث ذات الشأن ، ولكنها قد مزج فيها اللباب بالقشور ، وعانى الفقه فيها سقم الطريقة •

٦٧ ـ وتاريخ المتون في الحقيقة يرجع الى أقدم من هذا العصر • ولكنها عندما ظهرت قديما كان الغرض منها حكيما : وهو جمع المسائل الاولية البسيطة في متون صغيرة بعبارة سهلة لتكون مبادىء لشداة[1] الفقه على نحو « الآجرومية » في علم النحو • وهذا الغرض يقضي بأن يبقى المتن مختصرا بسيطا سهلا للمسائل الاولية مقصورا عليها للغاية التعليمية ، فلا توضع عليه الشروح الواسعة ولا الحواشي المعقدة •

ولكن المتون انقلبت في العصر المبحوث عنه الى طريقة عامة تعقيدية في تأليف الفقه ؛ حتى أن من يريد أن يترك له أثر وذكرا علميا لايفكر أن يخدم العلم بمؤلف مستقل يعمد به الى التجديد في أسلوب الفقه ولغته ، وفي تنقيحه وتقسيمه ، وترتيبه وتبويبه ، والرجوع بمسائله المشتتة في غير أبوابها الى أبوابها ومناسباتها ، فيضيف الى جهود المتقدمين الحميدة جهودا جديدة[2] ؛ بل كان كل

---

(١) **الشادي** : المبتدىء الذي يأخذ طرفا من العلم والادب ، جمعه **شداة** ، كقاض وقضاة ، واصله في اللغة : من يقتطع قطعة من الابل ويسوقها • (ر : المصباح والقاموس) •

(٢) نذكر بهذه المناسبة ان من مفاخر المؤلفين في الفقه الحنفي الامام ←

مؤلف متأخر يحصر جهده في وضع حاشية علـى شرح ، أو شرح علـى متن معقد ، أو يضع متنا على نسق سـائر المتون الاختزالية اللغزية التـي تقدمته •

من هنا نرى أن طريقة المتون بدأت قديما معقولة الفكرة والغرض لوضـع مبـادىء العلم البسـيطة تسـهيلا علـى المبتـدئين ، ثـم أصبحت بالعوامل التقليدية علـى أيـدي المتأخـرين أشـواكا وتعاريـج توعر بهـا طريق الفقـه ، واعتاص على غير ذوي الاختصـاص ، وأصبحت دوحـة الفقـه في أخريـات هذا الدور تحمـل الورق الكثـير عوضا عن الثمـر اليـانع •

٦٨ - مزايا هذا الدور :

وعلى كل يتميز هذا الدور الفقهي عن سواه بأمور ثلاث ذات بال :

٦٩ - (الامر الاول) - نشـاط حركـة التـدوين في التطبيقـات الفقهية ، وما انتجه من كثرة كتب « الفتاوى » التي كانت ظهرت قبـل هذا العصر ولكنها كثرت فيه •

فان كثيرا ممن تقلدوا مهمة الافتاء الرسمية ، أو بلغوا من المكـانة العلمية ما كانوا فيها مرجعا للناس في استفتاءاتهم ، قد سجلوا فتاواهم في كتب خاصة ، ورتبوها غالبا على أبواب الفقه •

←

علاء الدين الكاساني المتوفي سنة /٥٨٧/ هـ • الذي وضع كتـابه « **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** » توسيعاً لكتـاب « **تحفة الفقهاء** » لشـيخه علاء الدين السمرقندي ، فقد نثر الكاساني في « بدائعه » فقـه المـذهب من الكتب ثم صاغه صياغة جديدة في سبعة مجلدات لا على مثـال سبق ، باسلوب وترتيب موضوعي معجب ، فكان من المجددين حقا في تـدوين الفقـه •

وكتب الفتاوى هـذه تمثل الناحيـة التطبيقية العلميـة من الفقـه ، وتظهر نتـائج المبـادىء النظريـة والاحكام المقـررة ، ومـدى ملاءمتهـا للمصلحة التطبيقية عند وقوع الحوادث غير المتوقعة ؛ وهي أيضا مصدر صالح للوقوف على النصوص الفقهية في الحوادث المتوقعة كل وقت ، لأن الحوادث المتأخرة كثيرا ما تتشابه مع وقائع الماضي ..

واسلوب كتب الفتاوى يجري غالبـا على طريقـة ذكـر السـؤال وارادفه بالجواب مع النصوص المذهبية التي يستند الجواب اليها . وقد يقتصر فيها على سرد أحكام الوقائع دون الاسئلة .

وقد وجد من كتب الفتاوى في هـذا الدور ما كان ولا يـزال من أهم المراجع الفقهية ؛ كالفتاوى التتار خانيـة ، والخانية ، والبزازيـة ، والحامدية ، والهندية[1] .

---

(١) الفتاوى الهندية ، وتعرف أيضا باسم « **الفتـاوى العالمكـيرية** » من أشهر الكتب المطولات في الفقـه الحنفي . وهي منسـوبة الى الملك « **محمد اورنك زيب** » وهو من السلالة المغولية التي حكمت في الهنـد دهرا طويلا . ويلقب باسم « **عالمكير** » أي فاتح العالم . وكان منكا صالحـا ذا همة عالية وزهد ، قضى على عناصر الفساد في اسرته ، وأخضع الهند كلهـا تقريبـا لحكمه ، فبسط سـلطانه عليهـا من سـنة /١٠٦٩/ الى /١١١٩/ هـ ــ (١٦٥٨ ــ ١٧٠٧ م) وكان يعيش من ثمن المصاحف التي كان يكتبها بخط يده .

وقد جمع هذا الملك لتأليف كتاب الفتاوى الهندية فقهاء الحنفية في عصره برئاسة الشيخ **نظام الدين** ، وأجرى عليهم النفقات ، ووضـع تحت تصرفهم مكتبة عظيمة . فانتخبوا من جميع كتب المذهب الحنفي اصـح ما فيها من الاحكام ، وصاغوها في هذا المؤلف الجليل ، مع عزو كل حكم الى مصدره ، فاحتوى على ما لا يوجـد في سـواه . وقـد طبـع في مصـر لأول مرة سنة / ١٢٨٢ / هـ في ستة مجلدات ضخمة . ثم طبع في المطبعة الاميرية ببولاق سنة / ١٣١١ / هـ .

(ر : اكتفاء القنوع بما هو مطبوع ، ص / ١٤٦ / ، ومعجم المطبوعات العربية لسركيس ج ١ ص ٤٩٨) .

٧٠ - (الامر الثاني) - صدور الارادات السلطانية في العهد العثماني في بعض المسائل الفقهية العملية ، كمنع سماع الدعاوى بعد مرور الزمن المعين ، وهو المسمى : **التقادم** ، والى غير ذلك من التدابير الصادرة بارادات سلطانية •

والاجتهاد الاسلامي قد أقر لولي الامر العام من خليفة أو سواه أن يحد من شمول بعض الاحكام الشرعية وتطبيقها ، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح اذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك ، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به ، وبذلك صرح فقهاؤنا ، وفقا لقاعدة « **المصالح المرسلة** » وقاعدة « **تبدل الاحكام بتبدل الازمان** » •

ونصوص الفقهاء في مختلف الابواب تفيد ان السلطان اذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي (أي قابل للاجتهاد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة) كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعا • فلو منع بعض العقود لمصلحة طارئة واجبة الرعاية ، وقد كانت تلك العقود جائزة نافذة شرعا ، فانها تصبح بمقتضى منعه باطلة أو موقوفة على حسب الامر[١] (ر : رد المحتار ١/٥٥) •

---

(١) جاء في كتاب الوقف من الدر المختار وحاشيته رد المحتار **نقلا عن معروضات المولى ابي السعود** - (وهو مفتي المملكة العثمانية ثم قاضي القسطنطينية في عهد السلطانين سليمان وسليم ، ومن كبار رجال المذهب الحنفي المتأخرين المعول على فتاويهم وترجيحاتهم) - انه :

صدر الامر السلطاني بعدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله ، قطعا لما يلجأ اليه بعض الناس من وقف اموالهم لتهريبها من وجه الدائنين •

وبناء على الامر صرح الفقهاء من بعده بعدم نفاذ مثل هذا الوقف شرعا ، وقد كانت النصوص في أصل المذهب صريحة في نفاذ وقف ←

وهذا من سماحة الفقه الاسلامي وسجاحته ومرونته التي أكسبته قابلية للوفاء بمصالح الازمان والاجيال •

المدين ولو كان دينه محيطا بجميع امواله . لان الدين انما يتعلق بذمته لا بعين ماله •

(ر: رد المحتار /٣/ ٣٩٥ ـ ٣٩٦)•

ونص الفقهاء أيضا على ان اللقطة ـ وهي المال الضائع يجده شخص ـ اذا كانت مما يحتاج الى نفقة ، كالحيوان مثلا ، يأمر القاضي ببيعها وحفظ ثمنها ، أو يأمر بايجارها ان امكن وينفق عليها من أجرتها ، كي لا تتراكم نفقتها دينا على صاحبها • فاذا كانت اللقطة **عبدا آبقا يكون هذا البيع نافذا على مولاه** فليس للمولى نقضه اذا علم وجاء مطالبا • وهذا من ولاية القضاء •

هذا حكم عام في اللقطة وفقا لنصوص الشريعة والقواعد الفقهية • لكن نقل صاحب الدر المختار عن معروضات المولى ابي السعود أيضا:

« ان العبد الآبق اذا كان من عبيد العسكرية فقد صدر الامر السلطاني بمنع القضاة من بيعه كيلا يتخذ العبيد الاباق وسيلة للتخلص من خدمة الجيش •

ثم قال :

« وحينئذ لا يصح بيع هؤلاء العبيد بل يؤخذون من مشتريهم ويرجع المشتري بالثمن •

وكذلك بيع العبيد الآبقين من الرعايا اذا بيعوا بغبن فاحش، وبذلك ورد الامر السلطاني أيضا فليحفظ فانه مهم » ا هـ •

(ر : كتاب الآبق في رد المحتار ج ٣ ص/٣٢٥ ـ ٣٢٦) •

فأنت ترى من هذه النصوص الصريحة أن الامر والمنع السلطاني بحسب المصلحة **يقلب صفة العقد** الصحيح النافذ في اصل الشرع ، فيصبح باطلا في النظر الشرعي نفسه بمقتضى هذا المنع من ولي الامر •

والمهم جدا في هذه النصوص ليس هو الموضوعات التي وردت فيها ،

بل المبدأ الفقهي الذي تتضمنه ، لما له من تأثير ذي بال في شتى الاحكام ٠

فاليوم - مثلا بعد صدور القوانين التي توجب تسجيل العقود العقارية من بيع ورهن ونحوهما في السجل العقاري ، وتقضي باعتبار ما يعقد من هذه العقود خارج المكتب العقاري باطلا ، أو غير نافذ الاثر - يجب أن تعتبر هذه العقود في نظر الشرع أيضا هكذا **باطلة أو غير نافذة** على حسب النص القانوني ، لأن هذا المنع صدر عن ولي الامر لمصلحة زمنية في تنظيم السجل العقاري يعود اليه شرعا أمر تقديرها ٠

فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من ان هذه العقود العقارية تبقى صحيحة ونافذة شرعا في الواقع ، وانه يجب تنفيذها ديانة وان كانت باطلة أو غير نافذة قضاء بالنظر القانوني ، بحجة أن الشرع لم يشترط في شيء من هذه العقود تسجيلا ، وانما اكتفى بالايجاب والقبول اللفظيين ٠

ومثل ذلك يجب أن يعتبر في قضية التفريق بين الزوجين بطلب المرأة بناء على قانون الاحوال الشخصية لدينا ، فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من ان المرأة تبقى في الواقع ديانة على عصمة زوجها الذي قضي بالتفريق بينها وبينه ٠

مثل آخر هام :

وهناك مثل آخر هام يتصل بهذا المبدأ أنقله هنا عن فقهاء المذهب الحنفي ، لا على اساس التسليم بتفاصيله ، بل على سبيل عرضه للبحث :

ذلك انه قد ذكر صاحب الدر المختار في آخر « **باب القرض** » من كتاب « **البيوع** » ان شراء الشيء الرخيص بالثمن الغالي في مقابل الاستقراض من البائع **جائز للحاجة** ٠ وقد سموه « **بيع المعاملة** » ، (وهي كما ترى طريقة احتيال للقرض بمنفعة) ٠

وذكرها أيضا صاحب الدر المختار نفسه قبل ذلك آخر باب المرابحة في البيع قبيل فصل القرض باسم « **المرابحة** » ، **وهي أن يبيع الدائن** للمدين شيئا باغلى من قيمته بحيث يحصل للبائع ربح يعادل الزيادة التي يريدها لقاء تأجيل الدين الى المدة التي يطلبها المدين ٠

أي اصدار القوانين التي عدلت من الاحكام الفقهية الشرعية المعمول بها في المذهب الحنفي الذي هو مذهب الدولة العثمانية ، نظرا لما كان

←

وقد صرح في هذا المكان من الدر وحاشيته **نقلا عن فقهاء المذهب** ، انه :

> **لو قضى المدين الدين قبل حلول اجله الذي عقدت من أجله المرابحة ، أو اذا توفي المدين بعد المرابحة قبل نهاية الاجل ، فاستوفى الدائن دينه من تركة المدين لحلول الدين المؤجل بسبب وفاته ؛ فان الدائن لا يستحق من المرابحة الا بنسبة ما مضى من الاجل ، واذا كان قد قبض الربح وجب عليه رد حصة ما بقي من الاجل .**

ونقل ابن عابدين هنا عن صاحب القنية انه سئل الفقيه نجم الدين : اتفتي بهذا أيضا ؟ قال : نعم ، كما افتى به أيضا الحانوتي ومفتي الروم ابو السعود والشيخ حامد العمادي في فتاواه الحامدية .

وقد نقل صاحب الدر المختار آخر فصل القرض انه ورد الامر السلطاني وفتوى شيخ الاسلام بأن **لاتزيد المنفعة عن خمسة في المائة من مبلغ القرض** ، فاذا زادت يعاقب الشخص لمخالفة الامر السطاني .

ونقل ابن عابدين أيضا في حاشيته هنا عن كبار رجال المذهب كالخصاف ومحمد بن سلمة جوازه ، وعن بعضهم كراهته ، ثم نقل عن السائحاني « انه صدر امر سلطاني مبني على فتوى اخرى **برفع نسبة المنفعة الى خمس عشرة في المائة** وعليها العمل » لأن الامر بها متأخر عن الاول فكان معدلا له . وعلل ابن عابدين عقوبة من يخالف ويأخذ زيادة عن الحد المحدد في الامر السلطاني بأن « **طاعة أمر السلطان بمباح واجبة** » .

وقد بحث ابن عابدين في ان مجرد مخالفة الامر السلطاني في عقد لاتوجب فساد العقد . ولكن هذا يدل على ان الامر السلطاني **اذا تضمن النص على بطلان العقد المخالف** فانه يكون باطلا حتما . (ر : الدر المختار ورد المحتار ج ٤ ص/ ١٧١ و ١٧٥) .

وقد ذكر ابن عابدين أيضا في رد المحتار آخر الباب الاول من كتاب

→

يلحظ من حاجات جديدة محلية ، وأخرى ناشئة عن ارتباط العلائق الاقتصادية ببلاد أوروبا وقونينها •

→
القضاء ان صاحب البحر **ابن نجيم** قد نقل عن أئمة المذهب « ان طاعة الامام في غير معصية هي واجبة ، **حتى لو امر بصوم يوم وجب صومه شرعا** » (ر : رد المحتار ج ٤ ص/٣٤٤) •

مشكلة اعطاء هذه الصلاحية لولاة الامور والحل الصحيح لها

بقي ان يقال : ان اعطاء هذه الصلاحية لولي الامر العام يؤدي الى امكان ان يتصرف هذا الحاكم بحسب هواه في تغيير الاحكام الاجتهادية وتقييدها بأوامر أو قوانين زمنية يصدرها ، وقد لايهمه موافقتها لقواعد الشريعة ، وقد يكون هو جاهلا أو فاسقا لا يبالي تهديم الشريعة • فكيف تجب طاعته شرعا في هذه الاوامر ؟

والجواب :

ان هذه النصوص الفقهية مفروضة في احدى حالتين :

ـ اما أن يكون الحاكم نفسه من أهل العلم والتقوى والاجتهاد في الشريعة كما كان في الصدر الاول من العهد الاسلامي •

ـ واما أن لا يكون عالما مجتهدا ، وعندئذ لا يكون لأوامره هذه الحرمة الشرعية الا اذا صدرت بعد مشورة أهل العلم في الشريعة وموافقتهم •

ولذلك كانت الاوامر القانونية التي تصدر في عهد السلطانين سليم وسليمان القانوني فيماله مساس بالشؤون الشرعية انما تصدر غالبا على فتوى المولى ابي السعود ، وهو من أعظم الفقهاء المفتين • ثم في اواخر العهد العثماني كانت الاوامر السلطانية تصدر بموافقة دار المشيخة الاسلامية •

الفصل السابع

الدور الفقهي السابع

منذ ظهور المجلة الى اليوم

٧٢ ـ يمتاز هذا الدور بمميزات ثلاثة لها شأن تاريخي هام في أسلوب الفقه الاسلامي وفي سيادته القضائية :

الاول) ـ ظهور مجلة الاحكام الشرعية بصفة **قانون مدني** عام من الفقه الحنفي •

الثاني) ـ اتساع دائرة التقنين الذي بدأ أواخر العصر السابق ، وقيام بناء قانوني ضخم الى جانب صرح الفقه الشرعي •

الثالث) ـ الاتجاه العصري الى الاستفادة من فقه المذاهب الاجتهادية كلها •

وسنوضح هذه النواحي الثلاث فيما يلي :

(أ) ـ ظهور المجلة وسببه

٧٣ ـ ان الفقه الاسلامي احكامه منثورة في الكتب الفقهية في كل مذهب من المذاهب الاجتهادية •

وهناك أحكام كثيرة موجودة في غير مكان بحثها ، ومذكورة بالمناسبات الاستطرادية في غير أبوابها •

وهذه الكتب متفاوتة في استيعابها للاحكام العلمية والآراء المذهبية بحسب كونها مختصرة أو مطولة • فقد تجد في كتاب من الاحكام ما لا تجد في آخر ، أو ما يخالف الآخر ، كما أنها متفاوتة في لغتها وعباراتها وأسلوبها كتفاوت شروح القوانين اليوم في هذه الجهات •

وبما أن كل مذهب اجتهادي لا يخلو من آراء وأقوال مختلفة في القضية الواحدة ، لاختلاف الروايات في أصل المذهب عن امامه ، أو لاختلاف المخرجين لاحكام الحوادث الجديدة ، والمرجحين الذين سلف ذكرهم ، لذلك كانت درجة اعتبار كتب المذهب والآراء الفقهية المنقولة فيها تختلف وتتفاوت بحسب تفاوت المكانة العلمية التي لمؤلفي تلك الكتب ، أو أصحاب الآراء والاقوال المنقولة فيها •

فالبحث عن نصوص الاحكام الفقهية في تلك الكتب واستخراجها من مظانها وغير مظانها ، ومعرفة القوي الراجح من الضعيف المرجوح ، يحتاج الى قدرة ومرونة فقهية طويلة تصعب على الكثيرين •

ولما بدىء بتأسيس المحاكم النظامية في الدولة العثمانية ، وأصبح يعود اليها اختصاص النظر في أنواع من الدعاوي كانت قبل ذلك ترجع الى المحاكم الشرعية ، ودعت الحاجة الى تيسير مراجعة الاحكام الفقهية على الحكام غير الشرعيين ، وتعريفهم بالاقوال القوية المعمول بها من الضعيفة المتروكة دون أن يغوصوا على ذلك في كتب الفقه الواسعة النطاق ، صدرت ارادة سنية سلطانية بتأليف لجنة لوضع مجموعة من الاحكام الشرعية التي هي أكثر من غيرها دورانا في الحوادث •

فوضعت اللجنة في سنة /١٢٨٦/ للهجرة هذه المجموعة منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي الذي عليه عمل الدولة ، ورتبت مباحثها على الكتب والابواب الفقهية المعهودة ، ولكنها فصلت الاحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة ، ليسهل الرجوع اليها والاحالة عليها • فجاء مجموعها في /١٨٥١/ مادة •

وقد أخذت ببعض الاقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة الزمنية التي اقتضتها •

ومواضيعها ستة عشر كتابا منقسمة الى أبواب ، والابواب الى فصول ؛ أولها كتاب « البيوع » وآخرها كتاب « القضاء » ، وهي بالترتيب التالي :

البيوع ـ الاجارات ـ الكفالة ـ الحوالة ـ الرهن ـ الامانات ـ الهبة ـ الغصب والاتلاف ـ الحجر والاكراه والشفعة ـ الشركات ـ الوكالة ـ الصلح والابراء ـ الاقرار ـ الدعوى ـ البينات والتحليف ـ القضاء •

٧٤ ـ وقد سمت اللجنة هذه المجموعة « **مجلة الاحكام العدلية** »

وصدرتها بتقرير « لائحة الاسباب الموجبة » ، أي المذكرة الايضاحية ؛ ثم قدمتها بمقدمة تشتمل على مقالتين :

الاولى) ـ في تعريف الفقه وتقسيمه •

والثانية) ـ ذكرت فيها طائفة من القواعد الكلية التي تعتبر كل واحدة منها أصلا فقهيا تدور عليه أحكام كثيرة ؛ فاوردت منها تسعا وتسعين قاعدة : أولاها قاعدة « **الامور بمقاصدها** »، وأخراها قاعدة : « **من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه** » •

وقد صدرت الارادة السنية السلطانية في شعبان سنة / ١٢٩٣ / بلزوم العمل بها وتطبيق أحكامها في محاكم الدولة •

فبذلك أصبحت هذه المجلة **قانونا مدنيا عاما** منتخبا من الاحكام الفقهية ؛ فما وجد فيه لا يعول على ما يخالفه في كتب الفقه لاقترانه بالامر السلطاني ، وانما يرجع القضاة الى نصوص الفقهاء فيما لا نص عليه في المجلة التي هي القانون العام •

٧٥ ـ والشيء الجديد البارز في المجلة هو أنها قد تجلى بها التميز والتفريق في تأليف الفقه بين أسلوب المصادر العلمية أو التعليمية ، وأسلوب المراجع القضائية ، من حيث الترتيب ، والترقيم ، وتسهيل العبارة ، والاقتصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة دون ذكر اختلافات الفقهاء المستفيضة في كتب الفقه • وهذا من مقتضى الصياغة القانونية ، فان القانون لا يجوز أن يشتمل على غير الحكم الواجب التطبيق ؛ أما ميدان الآراء فانما هو الشروح التي توضع لتكون مصدرا علميا أو تعليميا •

وكانت المجلة حريصة جدا على رد المباحث والفروع الى مناسباتها ومظانها ، فعقد المضاربة يذكره الفقهاء في غير بحث الشركات ، وقد ذكرته المجلة في الشركات ، لان المضاربة ليست سوى شركة عقد ، رأس مالها من جانب ، والعمل من الجانب الآخر • كذلك قسمت المجلة مسائل كتاب كتاب الى مواضيع أساسية وفرعية ، كالتعاريف ، والشروط ، والاحكام الخ ••• ففصلتها بفصول مضبوطة التمييز ، والحقت كل مسألة بموضوعها •

(ب) ـ اتساع دائرة التقنين وعوامله

٧٦ ـ في هذا العصر الاخير اتسع نطاق التقنين اتساعا لا حدود له ، فصدرت القوانين في شتى المواضيع والنواحي في جميع البلاد الاسلامية • وكان التقنين في الفروع الثلاثة (المدني والجنائي والاداري) يسير سيرا حثيثا •

وأهم نواحي التقنين المدني ـ الذي هو وحده ذو الصلة بهذا الحديث التاريخي عن الفقه ـ تتجلى في ثلاث :

ـ القوانين التجارية •

ـ والقوانين العقارية •

ـ والقوانين الاصولية ، كقانون الاجراء ، وقانون المرافعات المدنية المسمى لدينا بقانون « أصول المحاكمات الحقوقية » •

وقد تغلغل واشتبك التشريع القانوني بجسم الفقه في مملكة الدولة العثمانية ، وفي البلاد المنفصلة عنها كسورية وفلسطين والعراق الى درجة أنه قلما يوجد باب من أبواب الفقه لم يدخله التعديل أو النسخ القانوني في كثير أو قليل من أحكامه •

٧٧ ـ وقد كان من أهم العوامل على اتساع حركة التقنين الامور التالية :

١ ـ تطور العلائق الاقتصادية داخليا وخارجيا ، وتولد أنواع جديدة منها في هذه البلاد ، منها ما هو عرفي محلي ، ومنها المقتبس عن البلاد الافرنجية ، كأنواع الشركات القانونية ، والطرائق التجارية

كتجارة التوصية (القوميسيون) والتأمين (السوكرة) ، والتعهدات الخ ...

٢ ـ الحاجة الى اعتبار الشروط العقدية التي يمنع أنواعا منها الاجتهاد الحنفي المعمول به وبعض الاجتهادات الشرعية الاخرى .

٣ ـ الاتجاه الحكومي الى ربط التصرفات والعقود العقارية بنظم شكلية تجعل تلك العقود تحت مراقبة الحكومة لاغراض مالية وحقوقية وسياسية[١] ، مما أنشىء لاجله السجل العقاري وأنظمته ومكتبه ، واعتبرت العقود التجارية التي تعقد خارجه غير منتجة لآثارها .

٤ ـ الحاجة الى تنظيم المراسم الشكلية ، أي الطرائق والاصول التي يجب اتباعها في المعاملات والمراجعات والدعاوى وفصل الخصومات وتنفيذ الاحكام وتسجيل العقود الخ .. مما وضعت لاجله قوانين المراسم ، كقانون أصول المحاكمات ، وقانون التنفيذ ، وقانون كتاب العدل .

٥ ـ ما صحب هذا التطور الاقتصادي المدني الكبير من جمود الفقه على أيدي المتأخرين ، وشلل حركته التوليدية مما أوضحناه في بحث الدور السابق ، فقد انقطعت فيه طبقات المجددين والمخرجين التي اتسع الفقه وسما على أيديها في الماضي ، ثم آل أخيرا الى دراسة حفظية نظرية ، لا انتاجية علاجية .

---

(١) **الغرض المالي** هنا هو فرض الضريبة على العقود العقارية . **والغرض الحقوقي** كمنع تلاعب مالك العقار بان يبيع عقاره من عدة مشترين على التعاقب ويقبض منهم اثمانا دون أن يدري كل منهم بشراء سابقه . **والغرض السياسي** كتحديد ملكية الاجانب للعقارات . فكل ذلك لا يتم لولا النظم العقارية .

٦ ـ بناء مجلة الاحكام الشرعية من فقه المذهب الحنفي فقط ، فان المذهب الواحد مهما اتسع لا يمكن أن يفي بجميع الحاجات الزمنية والمصالح المتطورة التي قد يفقد علاجها التشريعي في ذلك المذهب ، ويوجد في غيره من الاجتهادات الاخرى •

٧٨ ـ الرأي في ضرورة هذا التقنين وعدمها الى جانب الفقه :

هذا ، وان القوانين التي أوجدتها تلك العوامل والمقتضيات ، ككل القوانين التي يمكن أن توجد لدينا أو لدى غيرنا ، هي نوعان :

الاول ـ قوانين الاحكام •

وهي التي توجب وتثبت لكل قول أو فعل موجبه وحكمه •

والثاني ـ قوانين المراسم أو الاصول •

وهي التي ترسم وتبين الطرائق التي يجب سلوكها ، والاشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها ، وتسمى أيضا : « القوانين الشكلية » •

فجواز بيع عقار الصغير أو عدم جوازه مثلا يدخل في قوانين الاحكام •

أما لزوم اجراء عقده في المكتب العقاري وتسجيله في سجله فيدخل في قوانين المراسم •

ومن هذا القبيل أيضا قانون « **أصول المحاكمات** » الذي يسمى اليوم أيضا « **قانون المرافعات** » فان جميع أحكامه هي من الاحكام الشكلية •

٧٩ ـ ونخلص من هـذا الى رأي نـراه ما بين الفقه الاسـلامي واتقنين ، فنقول :

ان قوانين المراسم ضـرورة لابد منها لانهـا لا تستند الى مبـادىء الحقوق وقواعد العدل الثابتـة ، وانمـا هي تتصـل بسياسـة التشـريع وتنظيم تطبيقه أكثر مما تتصل بتلك المبادىء والقواعد •

وهذا التنظيم حق من حقوق أولياء الامور العامة ومن صلاحيتهـم الزمنية يحولون ويبـدلون من مجاريه دائما عـلى حسب ما يرون أنـه أصلح وأضبط • فقد يوجبون اليوم طريقة في توثيق العقود ، أو تقـديم الدعاوى الى الحكام ، أو تسجيل الاحكام ، أو تنفيذها ، ثم يرون غدا ما هو أسهل وأحوط وافضل ، فيعدلون اليه •

وقد يعينون للتقادم (مرور الزمن) مـدة ، ثم يرون المصلحـة في زيادتها أو نقصها دون أن تتبدل أو تتغير المبـادىء والنظريات الحقوقيـه التي تحكم في أصل الحق •

ولذلك لم يأت التشريع الاسلامي في أصله بشيء من أحكام المراسم الا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمـة كلزوم الاشهاد في عقـد النكـاح ، وطريقة التلاعن بـين الزوجين عنـدما يتهم الرجـل امرأتـه بالزنى ، وكالارشاد العام الى توثيق العقـود بالكتـابة أو الشـهادة أو الرهـن ، وكأصول القضاء الاساسية من استماع الدعوى ، وسؤال الخصم ، وتكليف البينة أو اليمين •

٨٠ ـ أما قـوانين الاحكـام فقـد اغنى التشـريع الاسـلامي عن كل اقتباس اساسي فيها عن أمـة أخرى وتشـريع غـريب بما في الفقـه الاسلامي الواسع الافق من القواعـد العامـة المتنوعة ، والاسس الثابتـة

التي رسخت فيها فكرة احقاق الحق ، وازهاق الباطل ، ودرء المفاسد وجلب المصالح ، واحترام الارادات والعقود ، ومنع الاكراه واسقاط ما يترتب عليه ، وازالة الضرر ، واعتبار الضرورات ، ومسؤولية التسبب ، وتنويع وتوزيع الضمانات بعدل متوازن ، واعتبار العرف والعادات في العقود والاعمال والالتزامات ، الى غير ذلك من المبادىء الاساسية الكثيرة المغنية في التشريع الاسلامي وفقهه .

وقد كان هذا الفقه الاسلامي ميدانا لاجتهادات واسعة النطاق ضمن حدود الشريعة قد أشرنا اليها فيما سلف ، وهي لا تحصى عددا ولا تضيق آراؤها ونظرياتها الحية عن حاجة تشريعية أبدا ، كما سنرى قريبا .

واما ما يجد حدوثه في التعامل مما لم يكن موجودا ، كشركات ضمان الاخطار المعروف اليوم باسم عقد التأمين ، أو (السوكرة) ، وشركات المشاريع الاقتصادية العظمى ذات السهام المتداولة التي تسمى « الشركات المغفلة »[1] ؛ الى غير ذلك من المعاملات والاوضاع الاقتصادية التي أوجدها تطور الزمن والعلائق الاجنبية ، فمن السهل جدا أن تخرج الاحكام اللازمة لها تخريجا ، وتولد توليدا من أمهات الاصول والقواعد الفقهية بطريقة القياس ، أو الاستصلاح ، كما قام الفقهاء قديما بتخريج الاحكام وتوليدها لكثير من انواع التعامل التي جد حدوثها في ازمانهم ، كبيع الوفاء ، والاستصناع ، والرهن

---

(١) بضم فسكون ، بصيغة اسم المفعول من « **الاغفال** » . سميت كذلك لانها يغفل فيها ، أي يهمل ، ذكر اسماء الشركاء ؛ وانما يذكر في عنوانها اسم المشروع الذي أسست لاجله كشركة البترول ، وشركة الغزل والنسيج ، وشركة التبريد ، وشركة الكهرباء الخ ....

المستعار[1] وغيرها من أساليب التعامل الحادثة التي فيهـا مشابه مركبـة

---

(١) اليك شرح هذه العقود الثلاثة بايجاز فيما يلي :

أ ـ **بيع الوفاء** : هو ان يبيع المحتاج الى النقد عقارا **على انـه متـى وفي الثمن استرد العقار** ·

ويفترق عن الرهن في غايته من حيث ان غاية الرهن توثيقية فقط ، وغاية بيع الوفاء توثيق الدين وانتفاع المشترى الدائن بالعقار ·

وقد حدث هذا البيع ببخارى أواخر القرن الخامس الهجري· واستقر اخيرا رأي الفقهاء فيه على انه يشبه ثلاثة عقود : **البيع الصحيح ، والبيـع الفاسد ، والرهن** · فاعطى من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته من الاحكام ·

والدليل على هذا التاريخ الذي حددناه لحدوث بيع الوفـاء ان الامام نجم الدين أبا حفص عمر بن محمد النسفي قال عنه في فتاواه : « البيع الذي تعارفه **أهل زماننا احتيالا للربا** ، وسموه « بيع الوفاء » ، هو في الحقيقة رهن » الخ ··· (ر : آخر البيوع من كتاب « الدرر ») ·

ونجم الدين النسفي ولادته سنة /٤٦١/ هـ ووفاته /٥٣٧/ هـ ·

ب ـ **والاستصناع** : هو شراء ما سيصنع وفقا للطلب ، وهو معروف قبل الاسلام · وقد اشتبه أمـره أولا على الفقهاء : هل هو **بيـع السلف** (أي السلم) فتجب فيه شروط السلم أو هو بيع عادي ، أو وعـد بالبيع ؟ ثم هل المبيع فيه العين التي ستصنع أو العمل ؟ الخ ··· وهل يجري فيه خيار الرؤية بعد الصنع كما في البيع العادي أو لا يجري كي لا يتضرر الصانع لانه صنعه خصيصا للمستصنع ؟ كل ذلك قد أقر فيه الفقهاء أحكاما تناسب القواعد والحوائج ·

ج ـ **والرهن المستعار** : هو ان يستعير الانسان شيئا من صديقـه لا ليستعمله ، بل ليرهنه ويستدين به ·

ومن المقرر ان الاعارة عقد تبرع غير لازم فيفسخه المعير متى شاء ، والرهن لازم صيانة لحق الدائن المرتهن ، كما ان العارية أمانة لا تضمن بالهلاك ، والمرهـون مضمون ، فلذلك كان في الرهن المستعار موجبـات متضادة ·

ولكن فقهاء الحنفية خرجوا له احكاما من قواعد شتى ، فيها الدقة والمصلحة وصيانة حقوق الاطراف الثلاثة فيه · (ر : ج ٣ ف /٦٥/ والمجلة /٣٧٢) ·

تحتاج أحكامها الى تخريجات دقيقة على قواعد عديدة ؛ وكما عالجوا وخرجوا أحكاما وافية لحقوق القرار المنشأة على عقارات الاوقاف بعرف حادث ، كالحكر ، والاجارتين ، والمرصد ، والكدك[1] والخلو الخ ... مما هو معروف في محله من أحكام الاوقاف .

(ج) ـ الاتجاه العصري

٨١ ـ تبدو اليوم في مصر وسورية والعراق ، وفي بلاد اخرى من العالم العربي والاسلامي ، التفاتة نحو الفقه الاسلامي بأجمعه للاستفادة من مذاهبه .

والمفكرون الذين درسوا الحقوق الحديثة واطلعوا على القوانين الوضعية المحلية في هذه الاقطار العربية ، وعلى كثير من القوانين المدنية الاوربية ، عندما يلقون بأبصارهم الى أبعد من المذهب الحنفي أو الشافعي أو غيرهما ، ويقارنون تلك القوانين بما أوجدته مجموعة الاجتهادات الاسلامية من آراء ونظريات وفقه خصيب ، يجدون أن الضيق عن الحاجات التشريعية العصرية ليس هو في الفقه الاسلامي عامة ، وانما هو في كل مذهب فردي على حدة .

وما يضيق عنه المذهب الواحد ونظرياته ففي مذهب آخر سعة منه وعلاج . ولم يوجد تشريع كثرت فيه الاجتهادات واتسعت الآراء كالتشريع الاسلامي .

وهذه المذاهب ـ سواء منها الاربعة المدونة بكاملها التي أسلفت

---

(١) سيأتي شرح معاني هذه الحقوق العينية المنشأة على الاوقاف في الجزء الثالث من هذه السلسلة في بحث **أنواع الحق العيني** ، فلتنظر هناك (ج ٣ف/٢٣) .

ذكرها ، وما كان منها لم يـدون بكامله ، وانما نقلت آراء أصحـابه في كتب الاختـلاف الفقهي نقـلا صحيحا ـ هـذه المذاهب كلها نسبتها الى الشريعه الاسـلامية متساويـة • فآراء فقهـاء الصحابة ومن بعـدهم من التابعـين وتابعيهـم ، كابن أبـي ليـلى ، وابن شـبرمة ، ومكحـول ، والاوزاعي ، والحسن البصـري ، وسعيد بن جبير ، وكثير غيرهم ، لهـا من القيمة والاعتبار ما لآراء أبي حنيفـة ، ومالك ، والشـافعي ، وابن حنبـل •

وليس من المحتم أن يأخذ كل قطر مذهب أحد المجتهدين بكامله ، بل يمكن أن يؤخذ من قواعد كل مذهب وأحكامـه ما يرى أنه الاليـق بالمصالح الزمنية •

وقد ظهرت هذه الحاجة الى فقه المذاهب الاخرى لجمعية المجـلة نفسـها •

ويشعر بذلك ما جاء في تقرير لائحـة الاسباب الموجبة التي صدرت بها المجله ، من بحث الجمعية المذكور عن مذهب ابن شبرمـة في اعتبـار الشروط مطلقا في العقود ، ومن المناقشات التي جرت حول الاخذ بمذهبه ، ثم ترجيحها الاقتصار في ذلك على المذهب الحنفي لتوسطه ولعدم الحاجة (في نظرهم) الى الاخذ بمذهب ابن شبرمة ، لان الاجتهاد الحنفي يعتبر ويصحح كل شرط جرى عليه العرف •

٨٢ ـ بدء تنفيذ الفكرة في تقنين الاحوال الشخصية :

ثم بدء رسميا بتنفيذ هذه الفـكرة ، فكـرة الاسـتفادة من مختلف المـذاهب الفقهيـة ، عن طـريق التقنين في أحكام الاحـوال الشـخصية أواخر العهد العثماني ، اذ وضعت الحكومـة العثمانيـة قـانون حقـوق العائلة في سنة ١٣٣٣/ روميـة ، وأخـذت فيـه من المذهب المالكي حكم

التفريق الاجباري القضائي بين الزوجين عن طريق التحكيم المنصوص عليه في القرآن عند اختلافهما ، وتوسعت فيه • وبذلك مكنت المرأة أن تتخلص من زوج السوء بطلبها التفريق ، كما يتمكن الرجل أن يتخلص من امرأة السوء بالتطليق ، كما أخذت احكاما اصلاحية اخرى من مذاهب أخرى •

وقد أخذ القانون المذكور أيضا من مذهب مالك اطلاق حرية الزواج لزوجة المفقود بعد أربع سنين من فقدانه ، بينما يقضي المذهب الحنفي بانتظار وفاة جميع أقرانه في العمر ، فتبقى زوجة المفقود معلقة حتى شيخوختها •

٨٣ ـ ثم حذت الحكومة المصرية في قضية التفريق وزوجة المفقود هذا الحذو في سنة /١٩٢٠/ م•

ثم في سنة / ١٩٢٩ / م خطت الحكومة المصرية خطوة واسعة في الاخذ من مختلف الاجتهادات مما وراء المذاهب الاربعة ، فأصدرت قانونا تحت رقم /٢٥/ الغت فيه تعليق الطلاق بالشرط في معظم حالاته ، كما اعتبرت تطليق الثلاث أو الثنتين بلفظ واحد طلقة واحدة عملا برأي ابن تيمية ومستنده الشرعي ، وذلك باقرار مشيخة الازهر للتخلص من مآسي الطلاق المعلق وطلاق الثلاث ، مما يرتكبه جهال الرجال وحماقهم في ساعات النزاع أو الغضب ، فيخرجون عن حدود السنة والمقاصد الاساسية في الطلاق المشروع[1] ، ثم يلتمسون المخرج

---

(١) الطلاق قد شرع في الاسلام طريقا لانحلال الزوجة عند تعذر العشرة الصالحة بين الزوجين •

فاذا علق الزوج الطلاق ، بان قال مثلا : ان لم يفعل كذا ، وان لم يكن قد حصل الامر الفلاني فامرأته طالق ، يكون قد استعمل الطلاق لتقوية

←

منه بشتى الحيل والوسائل الدنيئة بعد الوقوع ، مما يعرفه أهل العلم ٠

٨٤ ـ ويرى بعض المفكرين من علماء العصر أن مجموعة المذاهب الاجتهادية يجب أن تعتبر كمذهب واحد كبير في الشريعة ، وكل

←

عزيمته على فعل ، أو لتأكيد خبر ، مكان القسم بالله ، لان هذه التأكيدات قد شرع لها القسم بالله لا الطلاق ٠

فيكون الرجل بذلك قد أساء باستعمال الطلاق في غير ما شرع له ، وخرج به عن مقاصده الشرعية ٠

ومعظم مآسي الطلاق انما يقع فيها الناس بطريق تعليق الطلاق على افعالهم أو افعال نسائهم أو غيرهن من أكل أو شرب أو ذهاب أو اياب أو زيارة أو تكليم شخص أو لبس ثوب الخ ٠٠٠ لاجل الحمل على الفعل أو المنع عنه ، بحسب كون الشرط المعلق عليه من هذه الافعال **سلبياً أو ايجابياً** (نحو : ان فعلت كذا ، أو ان لم أفعل) ٠ بل كثيرا ما يعلقون الطلاق على أفعال بينهم وبين أصدقائهم أو أعدائهم لا دخل لنسائهم فيها ، فيقع فعل الشرط المعلق عليه ، وتفاجأ المرأة بطلاق مشتت للاسرة لم تكن جانية لسببه ولا علم لها به ، وقد يكون الطلاق المعلق ثلاثا لا بقاء بعده ولا لقاء ٠

وكل ذلك منشؤه انحراف الناس بالطلاق منذ القديم عن أسلوبه وهدفه الشرعيين ، واستعمالهم اياه معلقا لتقوية العزيمة على فعل أو على ترك ، بدلا من القسم بالله ، وذلك في غير ما شرع الطلاق لاجله ، بل في عكس غايته الشرعية التي تدل النصوص القرآنية على حدودها ٠

والعلماء عن ذلك غافلون ومستسلمون لهوج الناس وجهلهم في تغيير الطريق المشروع في أخطر موضوع ٠

وقد تخلصت البلاد المصرية من هذه المآسي بمنع الطلاق المعلق والغائه قضاء اذا كان لم يقصد بتعليقه سوى الحمل أو المنع (أي الحث على فعل أو ترك) ٠

وهذا التدبير في مصر لو لم يكن له مستند من المذاهب الفقهية القديمة التي نقلها ابن القيم في « **اعلام الموقعين** » عن كبار فقهاء الصحابة لوجب على علماء الامة اليوم أن يقرروه بطريق الاستحسان أو الاستصلاح ، رداً للناس الى الجادة الشرعية في استعمال الطلاق ، وقضاء على مآسي جهالتهم فيه ٠

مذهب فردي منها كالمذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وغيرهـا يعتبر في هذه المذهب العام كالآراء والاقوال المختلفة في المذهب الفردي الواحد ، فيرجح علماء الأمة ويختارون منها للتقنين في ميدان القضاء والفتيا ماهو أوفى بالحاجة الزمنية ومقتضيات المصلحة في كل عصر • وهـــذا رأي سديد[1] •

---

(١) وأخيراً صدر في سورية/١٩٥٣ م (بعد الطبعة الثالثة من هذا المدخل الفقهي) قانون عام للاحوال الشخصية جامع لجميع أحكام الاسرة في أبوابها الأربعة :

ـ **الزواج** ، وما يتفرع عنه من نفقة ونسب وحضانة وطلاق وتفريق وعدة الخ •••

الأهلية ، وما يتفرع عنهـا من نيابة شرعية عن القاصرين في شتى صورها كالولاية ، والوصاية ، والقوامة الخ •••

ـ **الوصية** ، وما يتعلق بها من شرائط وأحكام •

ـ **الميراث** •

وقد كنت أحـد أعضاء اللجنة الرسمية التي عهدت اليهـا الحكومة السورية بوضعه فاستمددنا أحكامه من الفقه الاســلامي بجميع مذاهبــه وآرائــه ، واقتبسنا جميع تلك الاحكام الاصلاحية التي أخـذ بها قانون حقوق العائلة العثماني من قبل ، والقوانين المصرية المتفرقة التي تناولت قضايا مختلفة من أحكام الاحوال الشخصية أشرنا الى بعضها آنفاً كقضية زوجة المفقود ، والطلاق المعلق ، وطلاق الثلاث ، ومدة الحمل ، وميراث الاخوة مع الجد ، والمسألة المشتركة (ر : ف/٢٢) ، وقاعدة ميراث ذوي الارحام ، والقضــية المعروفة بقضية « **ابن المحروم** » ، وغير ذلــك فكان قانوننا هذا أول قانون كامل من نوعه في العالم الاسلامي كلــه بشموله تقنين جميع أحكام الاحوال الشخصية ، وبما تضمنه فيها من أحكام اصلاحية وخطوات تقدمية نيرة ضمن جادة الشريعة وحدودها •

وقد جاء هذا القانون في موضوعه خير برهان عملي على ما في الفقه الاسلامي بمعناه الواســع في مختلف مذاهبه وأصوله من كفايــة وقابلية للاستجابة الى شتى الحاجات التشريعية الزمنية •

وقد أسلفنا الاشارة في بحث الاستصلاح الى هذا القانون وانه نسخ قانون حقوق العائلة العثماني لدينا وحل محله (ر: ف٢٩/٣ح) •

الباب الخامس

دفع توهم عن اختلاف الاجتهادات وعن الصفة الدينية في الفقه الاسلامي

الفصل الأول

ضرورة اختلاف الاجتهادات ، وقيمته

٨٥ ـ بعض المتوهمين ممن لا علم عندهم ولا بصيرة لهم يظنون أن اختلاف الاجتهادات في الفقه الاسلامي نقيصة ، ويتمنون لو لم يكن الا مذهب واحد .

وقد يذهبون الى أبعد من هذا في أوهامهم فيرون أن اختلاف المذاهب قد يوهم تناقضا في المصدر الشريعي !

ودفعا لهذا الوهم الفاسد نقول : ان الاختلاف المذهبي الشائن المستكره الذي ليس له في الامة الا سيئات الآثار انما هو الاختلاف في العقائد .

أمـا الاختلاف الفقهي في الاحكام العمليـة المدنية فهو من المفاخر والذخائر ، لانه ثروة تشريعية كلما اتسعت كانت أروع وأنفع وأنجع •

فان معنى هـذا الاختلاف هـو تعدد النظريات والمبادىء والطرائق الحقوقية في استمداد الاحكام وتقريرها • وهذا يجعل الامة في غنى من تشريعها لا يضيق بها عن حاجاتها • وشأنها في ذلك شأن من له في بيته مقاعد من مختلف الاوضاع والارتفاع ، فاذا تعب من قعوده على أحدهـا استراح بالانتقال الى سواه • أو كمن في بلد صيدليات كثيرة متفاوتة ، وكلها مستوفية للشرائط ، فاذا لـم يجد علاجه المطلوب في احداها وجده في أخرى •

فكذلك حال المذاهب الفقهية في التشريع الاسلامي •

يقول الامام أبو اسحق الشاطبي في كتابه « الاعتصام » (٣/ ١١) ما نصـه :

(روى ابن وهب عن القاسم بن محمد أيضا ، قال :

أعجبني قول عمر بن عبد العزيز :

« ما أحب أن أصحاب محمـد صلى الله عليـه وسـلم لا يختلفون ، لانه لو كان قولا واحداً لكان الناس في ضيق ، وانهم أئمة يقتدى بهم ، فلو اخـذ رجل بقول احـدهم لكان سنـة » •

ومعنى هـذا أنهم فتحوا للناس باب الاجتهـاد وجـواز الاختلاف فيـه ، لانهم لو لـم يفتحوه لكان المجتهدون في ضيق فوسع الله على الامـة بوجود الخلاف الفروعي فيهم ، فكان فتـح باب للدخول في هــذه الرحمة) انتهى كـلام الشاطبي •

ويقول الاستاذ محمد أبو زهرة تعليقا على ذلك :

« ولقد كان اختلاف الصحابة في الفروع رائدة الاخلاص. ولــذا لــم يكن بينهم تنازع في الفقه ولا تعصب ، بل طلب للحقيقة وبحث عن الصــواب من اي ناحية اخــذ ، ومن اي جهة استبان .

وان ذلك الاختلاف كان فيه شحذ للاذهان ، واستخراج للاحكام من القرآن ؛ واستنباط قانون شرعي عام ، وان لــم يكن مسطورا .... ونحن لا نرى الخلاف في الفروع الا ثمرات ناضجة لما بثه القرآن الكريم والسنة النبوية في نفوس الناس من البحث بعقولهم وتدبير شؤونهم بالشورى ومبادلة الراي ، مستفيئين بسنة النبي صــلى الله عليــه وسلم ، ومستظلين باحكام القرآن » اهـ .

(ر : مقدمــة كتاب « الملكية ونظريــة العقد » للاستاذ أبي زهرة ؛ ف /١٣/ ص /١٩ ـ ٢٠) .

هذا ، واننا نرى اليوم علماء الحقوق من الافرنج يتباهون بما انحدر اليهم في تراثهم التشريعي عن الرومانيين من آراء ونظريات مختلفة مأثورة عن فقهاء الشرع الروماني وشراحه ، ولا يعدون تلك الآراء المختلفة من النقائص أو النقائض التي يتمنون أن لا تكون في ميراثهم القانوني ، بينما لا يعد الفقه الروماني على سعته الا شيئا يسيرا ، وغيضا من فيض بالنسبة الى ما أورثتناه الاجتهادات من فقه الشريعة الاسلامية .

٨٦ ـ وهذا الاختلاف الفقهي نتيجة ضرورية لا يمكن أن لا تكون ما دام للعماء نظرات لا تتحد ، وافهام لا تتفق .

وهو لا يدل على تناقض في المصدر التشريعي المستنبط منه ، كما لاتدل اختلافات آراء المحاكم في معنى مادة قانونية على تناقض فيها ؛ وانما يدل على مرونة النص ، وسعة قابليته التطبيقية •

على أنه اذا كان الوضوح الصريح في المادة القانونية الفرعية أحسن وأصون ، فلا شك أن المرونة في المصادر الاساسية الدستورية التي تستند اليها المواد القانونية الفرعية هو الافضل ، ليمكن أن تصاغ على أساسها القوانين والاحكام بحسب الحاجة •

وأن تعدد الاحتمالات في معاني النصوص الاساسية في الشريعة مع تشعب وجوه القياس يجعلان الختلاف الاجتهادات أمرا حتما مبرما مع كونه ثروة قيمة[1] •

وايضاحا لضرورة هذا الاختلاف الفقهي ولقيمته نضرب المثلين التاليين ، أحدهما لتعدد وجوه فهم النص ، والآخر لتعدد وجوه القياس في حكم القضية الواحدة :

٨٧ ـ ا ـ مثال نصي :

جاء في آية المداينة من القرآن ، بعد الارشاد الى توثيق الديون والعقود بالكتابة والشهود ، قوله تعالى :

« وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة »

---

(١) في مقدمة كتاب « **بداية المجتهد** » من المؤلفات القديمة للقاضي ابن رشد الحفيد بحث مختصر عن اختلاف الاجتهادات وأسبابه وضرورته ، وفي كتاب « **فقه القرآن والسنة في القصاص** » من المؤلفات العصرية للأستاذ المرحوم الشيخ محمود شلتوت عضو جماعة كبار العلماء بمصر وشيخ الازهر السابق بيان قيم مشبع عن ذلك ، فليرجع اليهما من يحب التوسع •

ـ فكلمة « مقبوضة » يحتمل أن تكون وصفا يفيد معنى الشرطية ، فيدل على أن قبض المرهون شريطة شرعية لتمام عقد الرهن ، فلا يتم الرهن بدونه نظرا لغايته التوثيقية ، لان الرهن غير المقبوض لا يوثق تحصيل الدين • وبذلك يفترق الرهن عن نحو البيع الذي يتم بمجرد العقد بلا حاجة الى قبض المبيع في مجلس العقد • (والى هذا المعنى ذهب الاجتهادان الحنفي والشافعي) •

ويحتمل أن تكون كلمة « مقبوضة » وصفا يدل على استحقاق قبض المرهون لا على شرطيته في العقد ؟ فينعقد الرهن بدون قبض ، ويجبر الراهن قضاء على تسليم المرهون الى المرتهن اذا امتنع (وهذا ما عليه الاجتهاد المالكي) •

ـ ثم من جهة أخرى : هل الغاية من قبض المرهون في نظر الشرع استيثاقية محضة ، ككتابة صك الدين ، لانه جعل في الآية تدبيرا احتياطيا لتوثيق الدين عوضا عن كتابة الصك عند فقدان الكاتب ، فيأخذ حكم الصك ، ويكون المرهون في يد الدائن المرتهن أمانة غير مضمونة ، فاذا تلف في يده لا يسقط شيء من الدين كما لا يسقط شيء منه بتلف الصك ؟ (وهذا ما عليه الاجتهاد الشافعي) •

ـ أو هل يعتبر في قبض المرهون معنى الاستيفاء الى جانب الاستيثاق بسبب وضع الدائن المرتهن يده على مال المدين وامتيازه بتقدمه على سائر الغرماء الآخرين في استيفاء دينه منه ، فلا يكون مجرد أمانة بيده ، بل هو أمانة من وجه ومضمون من وجه • (وهذا ما عليه الاجتهاد الحنفي)• فاذا تلف المرهون في يد الدائن المرتهن وكانت قيمته أكثر من الدين

يسقط الدين ، وما زاد من قيمة المزهون يكون أمانـة غير مضمونه[1] •

فانظر في كلمـة « مقبوضة » وفي سياق الآيـة ماذا ينشـأ عنها من النظريات الفقهيـة والاحكام الفرعيـة المختلفة ، واعتبر مثل ذلـك في كثير من نصوص الكتاب والسنة التي يطول بنا ايرادها ازاء الافهام الاجتهادية التي خلفت لنا في الفقه الاسلامي أعظم ثروة تشريعية عرفت في التاريخ عن أمة من الأمم •

٨٨ ـ ب ـ مثـال قياسي :

ومن الامثلة القياسية التي اختلف النظر في وجه قياسـها بين أئمة الاجتهاد الاولين لتعدد وجوه القياس فيها مسألة طريفة ، وهي مالو تشارك شخصان ورأس مالهما ثلاثة دنانير ، من أحدهمـا ديناران ومن الآخر واحد ، فاختلطت الدنانير الثلاثة فأصبحت لا يمكن التمييز بينها ، ثم ضاع منها ديناران فما حصة كل من الشخصين في الدينار الباقي ؟

ـ سئل أبو حنيفة عنها فأجاب أن الباقي يكون بينهما أثلاثا ، فثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار ، جريا مـع القياس الظاهر • فانّ الدنانير لما اختلطت بصورة لا تقبل التمييز أصبحت كلها مشتركة بين الشخصين بنسبة ما لكل منهما • فيكون كل دينار مشتركا أثلاثا بينهما ، لأحدهما ثلثاه وللآخر ثلثه •

فما يهلك بعد ذلك من المال يهلك على الشركاء بنسبة حصصهم في المجموع ، ويبقى الباقي مشتركا بنسبة حصصهم أيضا • وهذا هو قياس الحكم المسلم به في الشركة .•

---

(١) انظر في هذه الاجتهادات « بداية المجتهد » لابن رشد ، كتاب الرهن .• .

ـ وسئل عنها ابن شبرمة فأجاب بأن الدينار الباقي يكون مشتركا أنصافا بين الشخصين ، لكل منهما نصفه . لان أحد الدينارين الضائعين هو من مال صاحب الدينارين بيقين فيهلك من حسابه فقط ، ويبقى لـــه دينار واحـــد كما لرفيقه . فالدينار الآخر الضائع هـو المشكوك فيه أنه من مال هـــذا أو ذاك ، فيهلك عليهمـا مناصفة ؛ فيبقى البـاقي بينهمـا نصفين .

(ر : ضحى الاســـلام للاستاذ أحمـد أمين ج ٢ ص/٨٨ الطبعة الثـانية) .

وهذا بخلاف ما لو ضاع دينار واحد فقط ، فان الباقي يكون بينهما أثلاثا بالاتفاق ، لاحتمال أن يكون الضائع كله عائدا لكل منهما .

فأبو حنيفة اعتبر الاختلاط سببا للشركة في الملك قياسا عـلى سائر أسبابها ، ثم لم يجعل الهلاك معدلا للحصص ، لأنه وقع بعد ثبوت الشركة ، فأجرى فيه أيضا قياس هلاك بعض المال المشترك .

وابن شبرمة نظر الى أن هلاك دينار واحد يختلف عن هلاك الاثنين ، لما في هلاك الاثنين من علم يقيني بنصيب أحد الشخصين في بعض الهالك ، والشــك في البعض الآخر ، فيعطي اليقين حكمه في بعض الهالك وتعدل الحصص أولا ، ثـم يجري في البعض الآخر المشكوك عـلى قياس هلاك المال المشترك .

هذان مثلان ، أحدهما نصي والآخر قياسي يعطيان فكرة واضحة عن اختلاف الاجتهادات في فروع الاحكام ، ويتبين منهما أن هذا الاختلاف واقع محتم لا مناص منه وهو في الحقيقة ثروة ثمينة قيمة ، ولا سيما اذا أضفنا الى ذلك ما ينشأ من اختلاف الانظار الاجتهادية في ميدان الاستحسان والمصالح المرسلة .

٩٨ ـ هذا وان تلك الاجتهادات الفقهية ، عـلى اختلافها الكثير ، نسبتها جميعا الى الشريعة الاسلامية نسبة صحيحة معتبرة ، وان كانت تلك الاجتهادات في كثير من تفاريع الاحكام الفقهية متفاوتة في درجة قربها من الصواب ومسايرتها لحكمة التشريع .

واذا كان كثير من تفاريع الاحكام الفقهية في المذاهب انما هو من عمل الفقهاء أنفسهم ـ كما يقول الاستاذ علي حسن عبد القادر في كتابه « **نظرة عامة في تاريخ الفقه** » ص ٣ ـ فذلك لا ينافي صحة نسبته ، على اختلافاته ، الى مبادىء الشريعة ، واشتقاقه منها ؛ فان عمل فقهاء الاسـلام في ايجاد تلك الاحكام التفصيلية التي لا حد لسعتها في مختلف المذاهب انما هو اجتهاد أو تخريج على أصول الشريعة الاسلامية ودلائل نصوصها الاساسية كما رأينا من المثالين المتقدمين .

الفصل الثاني

مزية الصفة الدينية في الفقه الاسلامي

٩٠ ـ قدمنا أول هذا الكتاب أن الفقه الاسلامي هو نظام روحي ومدني معاً ، لأن الشرع الاسلامي جاء ناظما لامور الدين والدنيا .

وبينا أن من نتيجة ذلك أن افتراق الفقه الاسلامي ، حتى في القسم المدني منه وهو المعاملات ، عن القوانين الوضعية بوجود فكرة الحلال والحرام فيه ، وان القضاء لأحد بطلب عندما يثبت مطلوبه بالمثبتات الظاهرة وتتوافر أسباب القضاء به لا يجعل الباطل حقا والحق باطلا في الواقع ، ولا يبيح للانسان ديانة أن يتناول ما قضي له اذا كان في الواقع مبطلا أو مزورا ، وان كان تنفيذ القضاء واحترامه لازمين لما تقتضيه سياسة التشريع من وجوب بناء القضاء المدني على الظواهر وترك البواطن الى الدين . ومن ثم كانت أحكام المعاملات في الفقه الاسلامي ذات اعتبارين : اعتبار قضائي واعتبار دياني (ر : ف/٢-٤) .

فهذه الصبغة الدينية في الفقه الاسلامي من حيث استمداده ومصادره الاساسية ، ومن حيث فكرة الحلال والحرام فيه ، لم تكن لتمنعه عن أن يبني أحكامه المدنية على رعاية المصالح الدنيوية والاعراف السليمة ، وأن يؤسس وضعا قضائيا مدنيا يبني أحكامه على الظاهر المحض كما تبنى سائر القوانين الوضعية . ولكن تلك الصبغة الدينية فيه أفاضت على أوضاعه المدنية هيبة واحتراما ، وأورثها سلطانا على النفوس كان به الفقه

الاسلامي شريعة مدنية ووازعا أخلاقيا في وقت معا ، لما فيه من قدسية المصدر القرآني الآمر ، ومن الزاجر الديني الباطن الى جانب القضاء الظاهر • فلا يحتاج الانسان الى قوة مصلتة عليه دائما لتلزمه الحضوع لايجابه ، ولا يجد في الافلات من سلطان حكمه غنيمة ان استطاع الافلات، سواء أكان عظيما أو صعلوكا ضعيفا(١)

---

(١) لهذه الصفة الدينية في أحكام الفقه الاسلامي كثيرا ما كان الخلفاء في التاريخ الاسلامي يدعون الى مجلس القضاء الشرعي للمحاكمة في دعوى لأحد الناس عليهم ، فيحضرون كعامة الناس تاركين ابهة السلطنة على دست الحكم ، ويدخلون مجلس القضاء بكل توقير له ، وقد يحكم عليهم فيخضعون لحكم الشرع متباهين بهذا الخضوع ؛ كما حكم محمد بن عمر الطلحي على الخليفة المنصور العباسي للحمالين والمكارين ، وكما حكم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة على الخليفة هرون الرشيد •

وقضية المنصور تلك قد رواها اربلي في كتابه « خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سير الملوك » فقال :

« قال نمير المديني : قدم علينا المنصور المدينة ومحمد بن عمر بن الطلحي في قضائه ، وأنا كاتبه ، فاستعدى الحمالون – أي ادعوا لدى القاضي – على أمير المؤمنين في شيء ذكروه •

قال فأمر نميراً المديني ان أكتب الى أمير المؤمنين كتابا بالحضور معهم وانصافهم • فقلت : **تعفيني من هذا فانه يعرف خطي !!** فقال : اكتب ، فكتبت • ثم ختمه ، فقال : **لا يمضي به أحد والله غيرك !**

فمضيت به الى الربيع ، وجعلت أعتذر اليه ، فقال : لا تفعل • فدخل عليه بالكتاب ثم خرج الربيع فقال للناس ، وقد حضر وجوه أهل المدينة والاشراف وغيرهم : **ان أمير المؤمنين يقرأ عليكم السلام ويقول لكم اني دعيت الى مجلس الحكم ، فلا أعلمن أحداً قام الي اذا خرجت أو بدأني بالسلام** الا فتكت به •

ثم خرج ، والمسيب بين يديه ، والربيع ، وأنا خلفه ، في ازار ورداء •

٩١ ـ فمن قصر النظر ما يتوهمه بعضهم من أن تلك الصفة الدينية في الفقه الاسلامي تقضي عليه بالجمود وعدم القابلية لأن يتسع لحاجات الازمان اتساع التشريع الوضعي الذي يمكن أن يتكيف بحسب الحاجة •

فقد رأينا أن الفقه الاسلامي قد أقام للاستحسان والمصالح العامة والاعراف اعتباراً لا يقف في مجاراة الحاجات الزمنية عند حد سوى حد المصالح العامة نفسها والحرمات الاساسية التي جاءت الشريعة لاصلاح البشرية برعايتها ، صيانة للنفوس والعقول والاموال والاعراض في الحاضر والمستقبل •

يقول الاستاذ الجليل محمد أبو زهرة :

←

فسلم على الناس ، فما قام أحد اليه • ثم مضى حتى بدأ بالقبر فسلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم التفت الى الربيع فقال : ويحك يا ربيع أخشى ان رآني محمد بن عمر بن الطلحي أن يدخل قلبه هيبة فيتحول عن مجلسه ، فو الله لئن فعل لا يولى لي على ولاية أبداً !!

قال : فلما رآه ـ أي القاضي ـ ، وكان متكئاً ، أطلق رداءه على عاتقه ثم احتبى ودعا الخصوم والحمالين ودعا أمير المؤمنين ، ثم ادعوا وحكم عليه لهم •

فلما دخل ـ أي المنصور ـ الدار قال للربيع : اذهب ، فاذا قام وخرج من عنده الخصوم فادعه • فقال : يا أمير المؤمنين ، ما دعا بك حتى فرغ من أمور الناس جميعاً •

فلما دخل عليه ، قال المنصور : جزاك الله عن دينك ونبيك ، وعن حسبك ، وعن خليفتك أحسن الجزاء » •

(ر : خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سير الملوك ، لعبد الرحمن سنبط الاربلي ، في بحث خلافة المنصور العباسي / ٦٢ ـ ٦٣) •

« ومن يحاول أن يفهم الشريعة الاسلامية على انها قوانين مجردة ومعالجات لاصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير ان يربطها بالاسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لأن الفهم المستقيم ما قام على رد الفروع الى اصولها والنتائج الى مقدماتها ، والاحكام الى غاياتها والآراء الى مقاصد قائليها •

وان من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمراً يكون من غير شجر ، او أن غصونا تقوم على غير جذوع •

وليس في كون الفقه الاسلامي مستمداً ينابيعه من الدين وقائماً على اساسه غض من قيمته ، ونقص من قدر المستنبطين له المفرعين لفروعه ، لأن اولئك الرعيل الاول من المسلمين رأوا بثاقب نظرهم وقويم ادراكهم أن قوانين تستمد من الدين ويظلها بظله تكون امس بالوجدان ، وامكن في الضمير ، واقر في النفس ، يطيعها الناس لا بعصا السلطان ولا بقهر الحكام ، بل بصوت من القلب ، ورهبة من الديان ، ورغبة في النعيم المقيم • فتكون الطاعة ارهافا للاحساس وايقاظا للمشاعر ، وتنمية لنوازع الخير ، وتطهيراً للنفس من نوازع الشر • ولا تكون الطاعة ضربا من ضروب المسكنة والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان بما في القانون من داعيات الخير ومرامي الاصلاح ، اذ ينفذ على انه ارادة الحاكم ورغبة السلطان وهما واجبا الطاعة من غير أي نظر وراء ذلك •

وان جعل القوانين مستمدة من الدين من شانه أن يقلل الفرار من احكامها • لأن الناس يستشعرون الخشية من الله اذ يحاولون الفرار ، ويحسون من داخل نفوسهم مراقبة الله اذا ضعفت مراقبة الانسان •

وان ربط القانون الاسلامي بالدين جعله مرتبطا كل الارتباط بقانون الاخلاق ، وبما تطابقت الجماعات الانسانية قاطبة على انه فضائل ؛ فلا تنأى فروع هذا القانون ولا قواعده

عن الأخلاق الكريمة • فكانت الشريعة الاسلامية بحق هي اول قانون تلتقي فيه الشريعة بالاخلاق ، ويكونان صنوين متحدين متلاقيين•ومن قبلها كان ذلك حلماً للفلاسفةوالمصلحين يحلمون به ، فان حاولوا تطبيقه أيقظتهم الحقيقة وأياسهم الواقع المستقر •

وان استمداد الفقه الاسلامي ينابيعه من الدين جعله شاملا في سلطانه للراعي والرعية ؛ وجعل القانون مسيطراً علىالحاكم والمحكوم • فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام : أنتم مقيدون بأحكام الشريعة ، وأنتم مسؤولون عن تنفيذها ، وذلك في ازمان كانت سلطة الحكام مطلقة بلا قيد يقيدها ، ولا نظام يضبطها ، فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيداً للحاكم وتهذيبا للمحكوم » •

(مقدمة كتاب « الملكية ونظريةالعقد في الشريعةالاسلامية » للاستاذ المشار اليه ص/١ ـ ٢) •

الباب السادس

قانوننا المدني المنتظر[1]

وفضل بنائه من الفقه الاسلامي

المتسع لحاجات التشريع القويم

٩٢ ـ نحن اليوم بحاجة الى تجديد في بناء مجلة الاحكام العدلية الشرعية تصاغ بـه من الفقه الاسلامي بمعناه الواسـع ، أي من مجموع اجتهاداته ، لا من الاجتهاد الحنفي فقط .

وبذلك يمكن أن نحصل عـلى قانون مدني اسـلامي يفوق أحسن

---

(١) بينا في مقدمة / الطبعة الثالثة / انه في خلال تلك الطبعة في فترة الانقلاب العسكري الاول في سورية سنة/١٩٤٩ م قد أخذت حكومةالانقلاب قانوناً مدنياً أجنبي الاصول والمصادر هو القانون المدني المصري الجديد ، فقطعت بذلك صلتنا بالفقه الاسلامي الذي هو أعظم تراث محفوظ عربي الاصول !! .

وكان ذلك على أيدي أناس تعاونوا مـع حكومة ذلك الانقلاب من الشعوبيين أعداء العروبة والاسلام .

وهذا الباب مكتوب في عهد المجلة قبل القانون المدني السوري المشار اليه ، فلا زلنا ننتظر قانونا حديثا مستمدا من الفقه الاسلامي عـلى نحو ما بينا في هذا الباب .

القوانين المدنيـة المعروفة الى اليوم ، لما في تلك الاجتهادات المختلفة من مبادىء ومبان وأحكام تتسع لجميع الحاجات التشريعية الواقعة والمتوقعة ، وان مصادرها قريبة النسب منا وسهلة التناول علينا •

وفي هذا الوقت الذي تتوجه فيه نية أولي الامر في سورية الى وضع قانون مدني جديد يحل محل المجلة ، اذا استمد هذا القانون من التشريع الاسلامي مع اضافة الاوضاع الحقوقية الزمنية الجديدة وتخريجها على أسسه ومبانيه ، فان هذا الاستمداد ـ علاوة على ما فيه من احياء تراث لنا جليل ـ يحول دون تخبط في مشـكلات لا حـدود لها من اضطراب التطبيق فيما اذا اسـتمد القانون من تشـريع أجنبي • فالحوادث التي لا تتناولها صراحة النصوص ، وهي كثيرة الوقوع يرجع عندئذ في تخريج أحكامها الى مصادر اسلامية معروفة في المذاهب الاجتهادية المستمد منها ، عوضا عن الرجوع الى مصادر أجنبية مجهولة في محيطنا ونابية عن مهوم قضاتنا والاساليب التي الفوها •

وهذه مصر التي استمدت فيما مضى ، لأسباب سياسية ، قانونها المدني من التشريع الفرنسي تقوم فيها اليوم ـ اذ نبهها الرشد العلمي ـ صرخة من رجال القانون أنفسهم تدعو الى وضع قانون مدني جديد مستمد من الفقه الاسلامي •

٩٣ ـ ولكي يتجلى لنا مـدى قابلية الاجتهادات الاسـلامية لوفاء الحاجات التشريعية الحديثـة نأتي بأمثلة من أهـم ما جاءتنا بـه القوانين في بلادنا السـورية ، ونرى ما يوافقها ممـا سبقت اليه الاجتهـادات الاسلامية :

١ ـ جاءت المـادة /٦٤/ من قانون أصـول المحاكمات الحقوقيـة

العثماني بقاعدة عدها واضعو هذا القانون فتحاً جديداً[1] تقربوا بـه من التشريـع الاوروبي الحديث ، وهي قاعدة اعتبـار الشروط العقدية في المقاولات والعقود ، والغاء الفساد بالشروط التي كانت تعتبر مفسدة للعقد بالنظر الفقهي الذي أقرته المجلة .

وان ما جاءت به المادة /٦٤/ المذكورة من هذه الناحية هـو موافق لمذهب ابن شبرمـة الذي أشـارت اليه لجنة المجلة نفسـها في مذكرتها الايضاحية كما تقدم ،و لمذاهب أخرى ترى احترام الشروط التعاقديـة وصحة العقود معها ، وترعى في هذا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم

« **المسلمون على شروطهم** » .

وهو الموافق للعرف العربي القديم قبل الاسلام ، وعليه المثل المأثور: « الشرط أملك ، عليك أم لك »[2] .

---

(١) نلفت النظر الى أن المادة /٦٤/ المذكورة قد الغيت لدينا بالغاء قانون أصـول المحاكمات الحقوقيـة العثماني وحلول قانون جديد محله سنة ١٩٥٣ .

أما المبـادىء القانونيـة التي تضمنتها المـادة /٦٤/ المذكورة فقد استعيض عنها بأحكام مماثلة في القانون المدني السوري الجديد الذي أشرنا اليه في الحاشية السابقة .

(٢) يظن بعضهم أن هذه الجملة المأثورة هي من كلام ابن شبرمة في تعبيره عن مذهبه ، وبعضهم يظنها من كلام ابن أبي ليلى ، وليس كذلك ، بل هي مثل عربي أول من قاله الافعى الجرهمي في قضية احتكم اليه فيها ، وكان من حكمـاء العرب ، كمـا في مجمع الامثال للميداني . ولعل ابن شبرمة تمثل به .

أمـا ابن ليلى فمذهبه في اعتبار الشروط هو عكس ذلك ، كمـا في المذكرة الايضاحية المثبتة في صدر المجلة ، وفي « فتح القدير » للكمال ابن الهمام (ج ٦/ص٧٦) .

وهذا عين النظريـة الحقوقية الحديثة القـائلة « **ان عقد الانسان قانون له** » •

وقررتها المـادة /١٤٨/ من قانوننـا المـدني الجديـد اذ قالت : « **العقد شريعة المتعاقدين** » •

وسنرى تفصيل ذلك في موطنه من بحث فسـاد العقود (ف/٣٨٨ و ٣٩٢) •

٢ ـ ان المجلة لا توجب عـلى الغاصب ضمان منافع المغصـوب التي استوفاها أو عطلها على المالك مدة الغصب وفقا للاجتهاد الحنفي بحجة أن الغاصب خاضع لضمان قيمة العين المغصوبة اذا هلكت •

وقد عدلت القوانين لدينا هـذا الحكم ، فأوجبت ضمان أجر مثل المغصوب على من يغصبه فيعطله أو يستوفى منه منفعة بلا عقد ، وفي هذا المصلحة والصواب كما سنوضحه في الجزء الثاني من هذا الكتاب •

وهذا موافق للاجتهادين الشافعي والحنبلي •

٣ ـ الاجتهاد الحنفي أوجب انفساخ الاجارة ، بموت أحد العاقدين والمجلة في هـذا ساكتة • وقوانـين الاجارات قضت بعدم الانفسـاخ بالمـوت •

وهذا موافق للاجتهاد الشافعي •

٤ ـ القوانين العقاريـة استغنت عـن ايجـاب القبض في العقـار المرهون ، اكتفاء بوضع اشـارة الرهن عليـه في صحيفته من السـجل العقاري •

وهذا موافق للاجتهاد المالكي في عدم اشتراط القبض لصحة عقد الرهن لا للزومه • كما تقدم (ف/٧٩) •

ثم في نتيجة ذلك أصبح العقار المرهون بلا قبض غير مضمون على المرتهن في حالة التلف بحكم القانون ، وهذا أيضا موافق للاجتهاد الشافعي في عدم ضمان المرهون •

٥ ـ قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم /٣٣٣٩/[1] الغى شفعة الجوار التي أقرتها المجلة ، وهـذا الالغاء موافق للاجتهاد الشافعي الذي لا يرى للجار شفعة ، بل يقصرها على الشريك •

كما أن قانون الملكية العقارية المذكور قد عدل أيضا في المدد التي حددتها المجلة لطلب الاخذ بالشفعة ، فان أهمل الشفيع الطلب فيها سقطت شـفعته •

وتلك المدد الجديدة موافقة لآراء منقولة في المذهب المالكي •

٦ ـ قانون الجزاء في معظم أحكامه موافق للمبدأ الفقهي في تفويض عقوبة ما سوى الحدود الى رأي الحاكم ، وهي المسماة بعقوبة « **التعزير** » فالقانون قد حدد لكل جريمة عقوبتها سلفا ، وهذا التحديد من صلاحية ولاة الامر شرعا •

هذه أمثلة قليلة من كثير ؛ والتتبع في هذا الموضوع لا ينتهي ؛ وهي تتنبىء بأمر الواقع الذي نريد أن يعلم ، وهو :

ان الاجتهادات الاسـلامية لا يشذ عـن مجموعها مبدأ حقوقي،حكيم ،او نظريةمعقولة.

---

(1) **ملاحظة** : هذا القانون ادمجت مواده أخـيرا في القانون المدني الجديد وأصبحت جزءاً منه وقد الغى القانون المدني المذكور حق الشفعة بتاتاً في سورية !! بينما أصله وهو القانون المصري ظل محتفظا بها لمنفعتها•

٩٤ ـ على أن الراسخين اليوم في علم الحقوق من رجالات أوروبة أصبحوا يعترفون بأن التشريع الاسلامي يعد في طليعة المصـادر الصالحة لسد حاجات التشريع الحديث ٠

وينطبق بذلك قرار مؤتمر القانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي في جمادى الآخرة سنة /١٣٥٦/ هـ ـ آب سنة /١٩٣٨/ م ، اذ دعي اليـه الازهر فمثله فيه مندوبان من كبار العلماء حاضرا فيـه (عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في الاسلام ، وعن نفي كل علاقة مزعومة بين القانون الروماني والشريعة الاسلامية) ٠

فقد سجل هذا المؤتمر على اثر ذلك قراره التاريخي الهام بالنسبة الى رجال التشريع الاوروبي ٠ وقد جاء فيه :

١ ـ اعتبار الشريعة الاسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام ٠

٢ ـ وانها حية قابلة للتطور ٠

٣ ـ وانها شرع قائم بذاته ليس ماخوذاً من غيره(١) ٠

٩٥ ـ وحين طبع هــذا الكتاب الطبعة الثالثة طلعت علينا أنبـاء قرار مؤتمر المحامين الـدولي الذي انعقد في مدينة « لاهـاي » بأوروبة ما بين /١٥ ـ ٢٢/ من شهر آب عـام /١٩٤٨/ م وقـد اشتركت فيـه ثلاث وخمسون دولة من مختلف الامم والاقطار ، وأرسلت كـل دولة من الاساتذة والمحامين لديها من يمثلها فيه وقـد كان ممثل سورية فيه زميلنـا الاسـتاذ في كليـة الحقوق السـورية الدكتور مأمون الكزبري الذي حاضر في هذا المؤتمر عن « **الملكية العقارية في الشرع الاسلامي** »

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للاساتذة السايس والسبكي والبربري، ص (٣٥٣ ـ ٣٥٤) ٠

فأثبت في محاضرته أن النظرية الاسلامية في الملكية هي أعدل النظريات القديمة والحديثة ، اذا اعتبرت الملكية حقا نسبيا ليس ذا سلطان مطلق مثلما عليه بعض التشريعات الوضعية القانونية ، كالتشريع الروماني القديم والانكليزي الحالي ، وليس مغلولا كما تريده بعض التشريعات الاجتماعية الحديثة اليوم .

وان هذا المؤتمر الاخير ، بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن فيه ، وعطفا على ما كان قرره مؤتمر القانون المقارن السابق سنة /١٩٣٧/م في مدينة لاهاي نفسها بشأن التشريع الاسلامي ـ مما ذكرناه آنفا ـ قد اتخذ القرار التالي الذي ترجمته :

نظراً لما في التشريع الاسلامي من مرونة وما له من شأن هام ، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع ، وتشجع عليها(١) .

٩٦ ـ وهنا يحسن أن نشيد بالكلمة المأثورة عن الاستاذ العلامة الحقوقي الكبير عبد الرزاق السنهوري من مقال منشور في مجلة القضاء العراقية (في العدد الاول من السنة الثانية مايس/١٩٣٦) ومنقول في العدد / ٦ ـ ٧ / للسنة الاولى من مجلة نقابة المحامين بدمشق ، اذ قال في صدر بحثه عن صلاح الشريعة الاسلامية للخلود في ميدان التطبيق المدني :

---

(١) ان نص اقتراح لجنة التشريع المقارن في هذا المؤتمر باللغة الانكليزية التي صيغ بها ، كما وافانا به زميلنا الدكتور مأمون الكزبري عضو المؤتمر المذكور وأقرته جمعيته العامة هو كما يلي :

Because of the recognized flexibility and importance of muslim law the comparative study by the international bar association must be adopted and encouraged.

« لا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب كالفقيه الالماني كوهلر Kohler ، والاستاذ الايطالي دليفيشيو Delvechie ، والعميد الامريكي ويكمور Wigmore وكثيرين غيرهم ممن يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور ؛ ويضعونها الى جانب القانون الروماني والقانون الانكليزي احدى الشرائع الاساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم • وقد أشار الاستاذ لامبير Lambert الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ الى هذا التقدير الكبير للشريعة الاسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأميركا في العصر الحاضر •

ولكني أرجع للشريعة نفسها لاثبت صحة ما اقرته :

ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فاحسنت صياغتها لصنعت منهـا نظريات ومبادىء لا تقل في الرقي والشمول وفي مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث •

واني آتي بأمثلة أربعة اضطررت الىالاقتصار عليها لضيق المقام :

يدرك كل مطلع على فقه الغرب أن من احدث نظرياته في القرن العشرين نظرية « التعسف في استعمال الحق » ، ونظرية « الظروف الطارئة » ، ونظرية « تحمل التبعة » و « مسؤولية عدم التمييز » •

ولكل نظرية من هذه النظريات الاربع اساس في الشريعة الاسلامية لا يحتاج الا الى الصياغة والبناء » •

ثم أوضح الاستاذ السنهوري بأسباب أسس هذه النظريات الحديثة الاربع في الشريعة الاسلامية •

٩٧ ـ وبهذه المناسبة ننقل هنا عبارة جليلة عن واجب البلاد السورية في تشريعها الجديد المنتظر للاستاذ الفرنسي الكبير (دونديودوفابر Donnedieu de Vabres) من أعلام علماء الحقوق الجنائية في العصر الحاضر والاستاذ في كلية الحقوق من جامعة باريز ذكرها في مقدمته التي كتبها على رسالة زميلنا الدكتور أنور ابراهيم باشا التي عنوانها « **المسؤولية الجزائية في الشريعة الاسلامية بنظر الاجتهاد الحنفي** » .

« De la responsabilité pénale en Droit Islamique d'après la Doctrine Hanafite »

وهي الرسالة التي نال بها شهادة الدكتوراه في الحقوق من الجامعة المذكورة ، سنة /١٩٤٤/ خلال الحرب العالمية الثانية الماضية ، اذ يقول الاستاذ دوفابر ما ترجمته :

« عندما تضع الحرب اوزارها في يوم السلم القريب ستجد سورية نفسها امام ضرورة ملجئة الى ان تستبدل بالتشريعات المتنوعة السائدة في بلادها ، وخاصة منها المجموعة القانونية العثمانية لسنة / ١٨٥٨ / م ، تشريعا موحدا ملائما للعصر .

وسوف تلجأ بلا ريب ، كما فعلت سابقا ، الى نماذج اجنبية . ولكنها يجب أن لا تهمل ماضيها التشريعي المجيد ، المنشىء للحضارة الرفيعة ، والمكون من تراثها الاسلامي .

وان مؤلف هذه الرسالة يساهم في اظهار صورة هذا الماضي مشخصة بارزة[١] .

---

(١) النص الفرنسي لعبارة الاستاذ « دوفابر » هذه هو كما يلي :

Au jour prochain de la paix, la Syrie se verra dans l'ob-

هذا ولا أجد ختاما أختم به هذه المقدمة أجمل وأمثل من كلمة ابن القيم المأثورة اذ يقول :

« ان الله ارسل رسله وانزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به السموات والارض .

فاذا ظهرت امارات الحق وقامت أدلتــه باي طريق كان فذلك من شرع الله ودينه ، ورضاه»(١) .

⟵

ligation urgente de substituer aux législations variées qui règnent sur son territoire, et notemment au Code Ottoman de 1858, un droit unifié et modernisé.

Comme précédemment, elle aura resours, sans doute, à des exemples étrangers.

Mais elle ne saurait négliger le précédent illstre, et hautement civilisateur, que constitue sa tradition islamique.

L'auteur de ce livre aura, heureusement, contribué à mettre ce préceédent en relief.

(ر : مقدمة الرسالة المذكورة ، الطبعة الاولى ، ص/٥) .

(١) ذكر ذلك ابن القيم في أواخر كتابه القيم « **اعلام الموقعين عن رب العالمين** » (ج٣ ص/٥٤٣) ، خلال بحثه عن السياسة الشرعية وما تقتضيه من انشاء الاحكام للناس بحسب دواعي الحاجة والمصلحة ، وما يكون من تلك الاحكام السياسية المحدثة نافعا موافقا لروح الشريعة الاسلامية أو مضراً مخالفاً .

وقد أتى رحمه الله تعالى في هذه المناسبة بكلام نفيس جدا عن مبدأ وأســباب استحداث ما ســماه : « **القوانين السياسـية** » ـ أي الاحكام المسنونة بأوامر ولاة الامر بناء على دواعي السياسة الشرعية ـ وبين كيف أن طائفة مــن المدعين لانفسهم علم الشريعة ضيقوا نطاقها جهلا منهــم ، وسدوا عــلى أنفسهم طرقا صحيحة من الطرق الشرعية لاقامة العــدل وتنظيــم مصالح العباد وحقوقهم ، وجعلوا الشريعة كأنها قاصرة لا تقوم بمصالح العباد ، حتى رأى ولاة الامــور أن الناس لا يستقيم أمرهم الا

⟵

فبأمثال هذه الادمغة النضجيه والافهام الصافية نهض الفقه الاسلامي نهضته العاليه وبرزت مكنوناته من اكنان الشريعة ، ولعل تلك النهضة الفقهيه عودة سريعة ٠

٩٨ ـ انتهينا من تلك المقدمة التعريفية التاريخية التي عرضنا فيها صورة كافية عن الفقه الاسلامي ومصادره وأطواره وأدواره التي مر بها منذ نشأته الى اليوم ، في ذلك القسم الاول من هذا المدخل الفقهي العام ٠

وننتقل الآن الى القسم الثاني الذي سنعرض فيه مختلف النظريات الفقهية الاساسية في مباني الاحكام ؛ وهي النظريات التي يقوم في

→

بشيء زائد على ما فهمه هؤلاء من فهم ضيق في الشريعة المتسعة ، فأحدثوا لهم **قوانين سياسية** لتنتظم بها مصالح العالم وكان من هذه القوانين الصالح ومنها الفاسد ٠ فتولد من تقصير أولئك في الشريعة واحداث هؤلاء ما أحدثوه من أوضاع سياستهم شر طويل وفساد عريض الخ ٠٠٠٠

ثم قال رحمه الله :

« ولا نقول ان السياسة العادلة مخالفة للشريعة الكاملة ، بل هي جزء من أجزائها وباب من أبوابها ٠ وتسميتها (سياسة) أمر اصطلاحي ، وإلا فاذا كانت عدلا فهي من الشرع » ٠

ثم ساق أمثلة عن أعمال الرسول (ص) وصحابته واحكامهم بين الناس بالسياسة الشرعية ، فلتنظر فيه ٠

وقد أعاد معظم هذا البحث في كتابه الطرق الحكمية (ص/١٢ـ١٥)٠

وقد دل تعبير ابن القيم بلفظ « **القوانين السياسية** » **على أن اطلاق** « **القوانين** » على معنى الانظمة التشريعية الزمنية كان مستعملا في اصطلاح الفقهاء قبل ابن القيم المتوفي سنة /٧٥١/ هـ ٠

الواقع على أسسها صرح الفقه الاسلامي وتعتبر كالعنصر الهندسي في بنائه العظيم الخالد .

٩٩ ـ معنى هذه النظريات :

نريد من النظريات الفقهية الاساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الاسلامي كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الانساني وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الاحكام ، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها ، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه ، وفكرة الاهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها ، وفكرة النيابة وأقسامها ، وفكرة البطلان والفساد والتوقف ، وفكرة التعليق والتقييد والاضافة في التصرف القولي ، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه ، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات ، الى غير ذلـك من النظريات الكبرى التي يقوم عـلى أساسها صرح الفقه بكامله ، ويصادف الانسان أثر سلطانها في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهيـــة .

وهذه النظريات هي غير القواعد الكلية التي صدرت مجلة الاحكام الشرعية بتسع وتسعين قاعدة منها ، والتي سنتولى شرحها في القسم الثالث الاخير . فان تلك القواعد انما هي ضوابط وأصول فقهية تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى .

فقـاعدة « **العبرة في العقود للمقاصـد والمعـاني** » مثـلا ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد . وهكذا سواها من القواعد .

وسنجتهد في استخلاص تلك النظريات الاساسية وتجريدها وجمع

شتات عناصرها من شتى الابواب الفقهية المنبثة فيها ، لتبرز كـل منها في صورتها النظامية كاملـة ، وتتجلى حاكميتها في فروع الاحكـام ، وتكون تمهيدا لصياغة نظرية عامة جامعة لقواعد الاحكام المدنية في الفقه الاسلامي ، كنظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني الاجنبي •

وان مطالعة هذه النظريات الاساسية ، بعد طلوعها من مكانها وراء فروع الاحكام ، تعطي الطالب ملكة فقهية عاجلة تؤهل فكره وتعينه عـلى مدارك الفقه ؛ وقد كان يحتاج في اكتسابها الى زمن طويل كمـا سلفت الاشارة اليه في خطبة هذا الكتاب •

وسنفرد لكل واحدة من هذه النظريات الفقهية الاساسية بابا نعرضها ونعالجها فيه ، مبتدئين من نظرية الملكية وأسبابها •

القسم الثاني

النظريات الفقهية الاساسية

في مبــاني الاحكام

الباب الأول

نظريـة الملكيـة

في الفقه الاسلامي

١٠٠ ـ يتفرع البحث في هذه النظرية الى الفروع التالية :

١ ـ تعريف الملك ، وبيان أسبابه .

٢ ـ تقسيم الملك وأسبابه .

٣ ـ خصائص الملكية .

٤ ـ الفرق بين التمليك والاباحة ، والفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع .

وسنشرح فيما يلي نظرية الملكية في فروعها هذه وما يتشعب منها ، ونبين المبادىء الفقهية الاساسية فيها ونوضح نتائجها العملية التي تبرز في تفاريع الاحكام .

الفصل الأول

تعريف الملك وبيان أسبابه

أ ـ تعريف الملك

١٠١ ـ الملك[1] في اللغة معناه أحتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به (لسان العرب) ·

أما في اصطلاح الفقهاء شرعا فالملك هو :

---

(١) **الملك** مثلث الميم ، أي يجوز في ميمه الفتح والكسر والضم · ولكن يستعمل مكسور الميم ومفتوحها في ملك الاشياء ، ومضمومها في ملك السلطنة ·

فيقال ملكت الشيء ملكا (بكسر الميم) ، وملكت على الناس أمرهم ملكا (بضم الميم) ·

والوصف من الاول : مالك ، وجمعه ملاك (بضم الميم وتشديد اللام ، نظير كاتب وكتّاب) ·

والوصف من الثاني : ملك (بفتح الميم ، وبكسر اللام أو تسكينها) ، وجمعه ملوك وأملاك (كما في المصباح) ·

والملكة أيضا (بفتحتين على وزن « **حركة** ») بمعنى الملك أيضا ، يقال: له عليه ملكة ، أي ملك ، وما في ملكته شيء ، أي لا يملك شيئا (كما في اللسان والمصباح) ·

فلفظ « ملكية » بالياء المشددة الذي يستعمله العلماء يجوز فيه أن يقال بكسر فسكون ، من الملك ؛ أو بفتحتين من الملكة ·

« اختصاص حاجز شرعا صاحبه التصرف الا لمانع » .

وهذا أوجز وأجمع تعريف استخلصناه مركبا من عـدة تعاريف ذكرها الفقهاء[1] ، في كل منها مزية ونقص ، فجاء جامعا لمزاياها ومستدركا لنواقصها .

والمراد بكونه حاجزا انه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون اذن المالك .

وأما المانع الذي يمنع المالك نفسه عن التصرف فيشمل حالتين :

ـ نقص الاهلية ، كما في الصغير اذ يتصرف عنه وليه .

ـ وحق الغير ، كما في المال المشترك والمال المرهون ، اذ تتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن رغم ملكيتهم .

فوجود هذا المانع لاينافي الملك لانه عارض .

وهذا التعريف يتناول جميع أنواع الملكية الآتي بيانها ، من ملكية الاعيان ، أو المنافع ، أو الديون .

ومن هذا التعريف يتضح أن الملك هو عبارة عن علاقة الانسان بالمال وما في حكمه من المنافـع ، فهو التصوير التشريعي لهذه العلاقة وثمرتها وحدودها .

---

(١) نقل تلك التعريفات المختلفة للملك الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » ، ف/١٥ ـ ١٦/ .

وجاء في كتاب البيوع من فتح القدير (ج٥ ص/٤٥٦) :

« الملك هو قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف »

وبذلك يتبين أن الملكيــة ليست شيئا ماديـــا ، وانمـــا **هي حق** من الحقوق • والحق نوع من **الاعتبار الشرعي** •

فحيثما أقر الشرع هـــذه العلاقة الاختصاصية بين **الانسان والمال** ثبت الملك ، وحيثما نفى الشرع هذه العلاقة انتفى الملك •

وذلك ، بخلاف المـال فانه ذو مفهوم مادي يقع عـــلى الموجودات ذات المنافع ، حتى أن المال في الاجتهاد الحنفي يختص بالاعيان الماديـــة ، فلا يشـــمل المنافع في نظر الحنفية ، كمــــا سنرى في تقســيم الملـــك (ف/١١٣) •

ب ـ أسباب الملكية

١٠٢ ـ ان أسباب التملك التي أقرها التشريع الاسلامي تنحصر في أربعة :

١ ـ احراز المباحات •

٢ ـ العقــود •

٣ ـ الخلفيــة •

٤ ـ التولد من المملوك •

وقد كان في جاهليــة العرب ولدى الامم الاخرى أســـباب للملكية رفضها التشريع الاسلامي ؟ فبعضها شنعه واعتبره من أشد الجرائم ،وبعضها أباه واعتبره من المحارم •

فالاول ـ كالغزو الداخلي بـــين القبائل عنــــد العرب وغيرهـــم ، وكاسترقاق المدين اذا عجز عن الاداء عند الرومان وفي جاهلية العرب •

والثاني ـ كالتقادم المكسب[1] الذي كان في أواخر التشريع الروماني وورثته القوانين الاوربية ولا يزال فيها •

فالفقه الاسلامي قد قبل قاعدة التقادم ، لا على أنه سبب مكسب للملكية ، بل على أنه مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مر عليه الزمن المعين ، تدبيرا تنظيميا للقضاء ، واجتنابا لعراقيل الاثبات ومشكلاته بعد التقادم ، وللشك في الحق الذي تقادم عليه الزمن دون مطالبة له • أما أصل الحق ، ان كان ، فباق في ذمة الانسان لصاحبه ، ويجب وفاؤه في حكم الديانة • ولذلك لو أقر الخصم بالحق انهدم مرور الزمن لزوال الشك وظهور الحق باقراره ، فتسمع الدعوى (ر : ف/٧١٤) •

وهذا من أثر التفريق في الشرع الاسلامي بين حكم القضاء والديانة كما سلفت الاشارة اليه أوائل المقدمة (ف/٣) •

وسنتولى فيما يلي ايضاح أسباب الملكية الاربعة التي أقرها الشرع الاسلامي :

---

(١) **التقادم** ، ويسمى أيضا : **مرور الزمان** ، هو انقضاء زمن معين (كخمسة عشر عاما ، أو أكثر ، أو أقل) على حق في ذمة انسان ، أو على عين لغيره في يده دون ان يطالب صاحبهما وهو قادر على المطالبة •

فهذا التقادم : أما ان يعتبر مانعا لسماع الدعوى بالحق أمام المحاكم ، مع اعتبار الملكية أو الحق في الواقع باقيين على حالهما السابق ، وهذا هو **التقادم المانع** ، لانه منع الدعوى ؛ وأما أن يعتبر سببا للملكية صاحب اليد وانقطاع حق صاحب الحق المهمل بتاتا ، وهذا هو **التقادم المكسب** ، لانه أكسب الانسان ملكية في شيء هو في الاصل لغيره •

١٠٣ ـ اولا ـ احراز المباحات :

المباح هـو المال الذي لم يدخل في ملك محترم ، ولا يوجد مانع شرعي من تملكه ؛ كالماء في منابعه ، والكلأ في منابته ، والاشجار فيالبراري غير المملوكة ، وصيد البر والبحر ، الخ ...

فلكل انسان أن يستولي على ما يستطيع من هذهالمباحات . وما استولى **بقصـد التملك** فقد ملكه وأصبح له دون سائر الناس . وهذا الاستيلاء بقصد التملك هو الاحراز .

فملكية المباحات بالاحراز تتوقف على شريطتين :

الاولى ـ أن لا يكون قد سبق الى احراز المباح شخص سابق .

فلو جمع انسـان ماء المطر في وعاء وتركه فليس لغيره أن يأخذه ، لانه قـد خرج عن حكم الاباحة باحراز الاول وأصبح مملوكا له ، لان القاعدة أن « **من سبق الى مباح فقد ملكه** » .

وكذا لو جمع الانسان حطبا من البرية وتركه فليس لغيره أخذه ، وهلم جرا ....

الثانية ـ قصد التملك .

فلو حصل المباح في حوزة الانسان دون قصد منه لتملكه لا يملكه .

وعلى هذا لو نشر الصائد شبكته فوقع فيها الصيد : فاذا كان قـد نشرهـا للتجفيف لا يملكه ، ولكل من يراه أن يأخـذه ويتملكه ، اذ يعتبر الآخذ هو المحرز لا صاحب الشـبكة . وان كان قـد نشرهـا

للاصطياد يكون هو المحرز لما يقع فيها ، فيملكه بمجرد الوقوع ، وليس لغيره أخذه .

ومثل ذلك يقال فيما لو وضع اناء فاجتمع فيه ماء المطر ، أو بنى في البرية برجا فعشش فيه الحمام بحيث يقدر على أخذه من غير اصطياد . فكل ذلك ان كان قد أعده لهذه الغاية يملك ما يدخله والا فلا ؛ وذلك وفقا للقاعدة القائلة « **الامور بمقاصدها** » (م/٣) .

واحراز المباحات الذي هو من أسباب الملك المشروعة تدخل فيه **الغنائم الحربية** ، لان أموال المحاربين تعتبر من المباحات ، اذ أن ملكيتهم عليها غير محترمة .

والشرع الاسلامي انما منع الغزو الداخلي ، فأما الحرب المشروعة مع الاعداء الخارجين فانها سائغة ، بل تكون واجبة حفظا للكيان وصدا للعدوان ، وهي من أسباب التملك في العرف الدولي وقوانين الامم .

١٠٤ ـ ثانيا ـ العقود :

العقود جمع عقد ، وهو في اصطلاح فقهائنا :

ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يظهر اثره في محله

وسيأتي معنى الايجاب . وايضاح هذا التعريف في نظرية العقود (ف/١٣٣) .

وفي اصطلاح رجال القانون هو :

اتفاق شخصين فاكثر على انشاء حق ، او على نقله ، او على انهائه .

وذلك كالبيع ، والاجارة ، والهبة ، والكفالة ، والاقالة ، ونحوها •

فمن كفل فقد أنشأ على نفسه حقا للدائن في المطالبة • ومن باع شيئا فقد نقل ملكية المبيع الى حوزة المشتري ، ومن تقايلا عقدا بينهما فقد أنهيا حكمه ؛ وهكذا •

والعقود كلها تصرفات قولية يشترط فيهـا ، لتكون سـببا للملكية شرائط ، من أهمها : **الاهلية والاختيار** •

فالاكراه على العقد يسلبه حكمه • ونقص الاهلية ، كمـا في عقود الصـغار ، يؤثر من نتائجها • وسنرى تفصيل ذلك في نظريـة العقود ، ونظرية الاهلية •

والعقود ، بصورة عامة ، هي من أعظم أسـباب الملكية ، وأعمهـا وقوعا ، وأهمهـا شأنا في الاعتبارات المدنيـة والوزن القانوني ، لان بها يتجلى الادراك والنشـاط الانساني في المضمارين الاقتصـادي والحقوقي بخلاف الاسـباب الثلاثة الاخرى من أسباب الملك فانها قليلـة الوقوع بالنسبة الى العقود التي تستلزمها حاجات الانسان في معظم حركاته وحياته اليوميـة •

١٠٥ ـ العقود الجبرية والتمليك الجبري :

ويدخل في العقود من حيث سببية الملكية حالتان :

الاولى ـ العقود الجبرية التي تقوم باجرائها السلطة القضائية مباشرة وصراحة بالنيابة عمن تجب عليهم اذا امتنعوا عن اجرائها • وذلك كبيع مال المدين جبرا عليه لاجل وفاء الدين : من قبل القاضي في الترتيب الفقهي قديما ، ومن قبـل دوائر الاجراء اليوم ، وهي الفروع التنفيذية للقضـاء ومحاكمه في الترتيبات القانونية الحديثة •

ومثل ذلك أيضا بيع الحاكم للاموال المحتكرة على محتكريها[1] عندما يضر بالناس احتكارها . (ر : الدر المختار . كتاب الحظر والاباحة ٥/٢٥٩) .

ففي هذه الحالة تستند الملكية الى عقد بيع صريح أجرته السلطة القضائية بالنيابة الجبرية عن المالك .

الثانية ـ حالة التملك الجبري المسمى في الاصطلاح القانوني نزع الملكية الجبري .

ولهذا التملك الجبري في الاحكام الشرعية والقانونية **صورتان** بحسب صاحب المصلحة فيه :

أ ـ فالصورة الاولى هي الشفعة ، وهي حق ممنوح شرعا لشخص أن يتملك العقار المبيع جبرا على مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكليف ، ويسمى صاحب هذا الحق : « **شفيعا** » (٢) .

ويثبت حق الشفعة شرعا للشريك والخليط والجار الملاصق[3] .

---

(١) يقال : باع الحاكم على فلان ماله ، اذ تولى بيعه جبرا عنه (ر : المصباح مادة « **بيع** ») .

(٢) **الشفعة** (بضم فسكون) في الاصطلاح الشرعي مشتقة من لفظ « **الشفع** » (بفتح فسكون) بمعنى الضم لغة ، لان الشفيع يضم مال غيره الى ماله .

(٣) **الشريك** من كان مشتركا في ملكية عين العقار .

ـ **والخليط** هو المشارك في الحقوق العقارية (ر : المجلة/٩٥٤) ، أي من كان له في عقار غيره حق عيني بارتفاق جار على ذلك العقار ←

ب ـ والصورة الثانية هي الاستملاك لاجل المصالح العامة ، فقد أجاز الشرع الاسلامي استملاك الارض المجاورة للمسجد جبرا على أصحابها اذا امتنعوا عن بيعها وضاق المسجد بأهله واحتاج اليها ؛ كما أجازوا مثل ذلك لاجل توسيع الطريق اذا دعت حاجة الناس الى توسيعه ، وذلك بالقيمة التي يساويها العقار المستملك .

حتى لقد نص الفقهاء على انه يجوز أن يؤخذ لتوسيع الطريق جانب من المسجد عند الحاجة (ر : المحتار ٣/٣٨٣ ـ ٣٨٤) .

وقانون الاستملاك للنفع العام لدينا يسوغ نزع الملكية الجبري عن كل عقار تقرر السلطة الادارية العليا وجود النفع العام في استملاكه لمصلحة من المصالح العامة ، كمدرسة أو مستشفى أو حديقة ، وذلك بقيمته التي تقدرها له لجنة خبراء .

فجميع هذه الاحوال تستند الملكية فيها فقهيا الى سبب العقد :

فملكية الشفيع للعقار المقتضى لـه بها في صورة الشفعة ، وملكيـة

←

كحق المرور أو التسييل فيه ، وحق تحميل الجذوع على جدرانه الخ .. سواء أكان مستقلا بهذا الحق العيني ، أو كان الحق مشتركا بينه وبين غيره ، كما لو كان لعقارين ممر خاص ، أو شرب مشترك بينهما ، فصاحب كل منهما خليط للآخر .

ـ **والجار الملاصق** هو من يتصل عقاره بعقار غيره من احدى الجهات اتصالا مباشراً دون فاصل .

وقد جاء قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم /٣٣٣٩/ بالغاء شفعة الجار كما سلفت الاشارة اليه آخر المقدمة (ر : /٩٣/ خامسا) .

ثم جـاء القانون المدني الجديد سـنة /٩٤٩/م بالغاء حق الشفعة مطلقـا .

الجهة المستملك لحسابها في صورة الاستملاك ، تعتبر مستندة الى عقد شراء جبري يقدر وجوده بطريق الاقتضاء والاستلزام[1] ، فيفترض حصول البيع والشراء بين الطرفين بارادة السلطة الملزمة ، كنتيجة لقضاء القاضي بتمليك الشفيع ، أو لعملية الاستملاك الجاري من الجهة صاحبة الحق فيه ، وفقا للاساليب والمراسم المشروعة .

هذا ما يقتضيه التخريج الفقهي لحالات التملك الجبري .

فيتضح ، بناء على ما تقدم ، أن العقد في سببية الملكية يكون تارة رضائيا ، وتارة جبريا ، وان العقد الجبري يكون تارة صريحا ، وتارة مقدرا اقتضاء .

١٠٦ ـ ثالثا ـ الخلفية :

الخليفة (بفتحتين مع تشديد الياء) هي : حلول شخص أو شيء جديد محل قديم زال في الحقوق ، وهي نوعان :

ـ خلفية شخص عن شخص ، وهي الارث .

ـ وخلفية شيء عن شيء ، وهي التضمين أو التعويض .

أ ـ الارث :

الارث خلفية يحل بها الوارث محل المتوفىَ في ملكية أمواله المخلفة التي تسمى « تركة » وفي المسؤوليات المالية بتلك التركة .

---

(١) يقول الفقهاء ان أخذ العقار بالشفعة قبل تسليمه الى المشتري هو **كشراء** من البائع ، وأخذه بعد التسليم **كشراء** من المشتري (ر : الدرر شرح الغرر كتاب الشفعة ٢/٢١١) .

فاذا لم يكن للمتوفى تركة ، أو كانت تركته أقل مما عليه من ديون، لا يكون الوارث مسؤولا بأمواله فيما اذا زاد من الدين عن التركة ، لان الارث شرع سببا للملك لا للتغريم ، اذ لا يعقل أن يغرم انسان تبعات تصرف صادر من غيره لم يكن له به دخل ، ولم يتكفل به .

والارث سبيل تواردت عليه الشرائع الالهية والوضعية ، وفيه من الحكمة والنفع ما فيه ؛ لانه يحول نتائج جهود السلف الى الخلف من رأس مال ، وقوة انتاجية ، ووسائل حيوية ، فيجعل حبل الانتاج والفعالية الاقتصادية متصلا بنسبة من القوة مستمرة أو متزايدة ، فلا يحتاج الخلف الى انشاء وسائل الحياة والانتاج من جديد مبتدئا من نواتها الصغرى ، فيقضي معظم حياته في تكوين العدة الكافية .

وكما يتلقى الوارث هذه الخميرة الارثية عن سلفه يحيلها هو بدوره الى خلفه ، فتكون في الاغلب قوة مالية ثابتة دائمة ، وينشط كل انسان عادة الى تنميتها وزيادتها ، حرصا على أعقابه وترفيها لهم .

وعن هذا كان الارث سببا طبيعيا للتملك ثابتا بحكم الشريعة دون حاجة الى سابق اتفاق أو وصية ؛ ولا يتوقف على قبول الوارث بعد وفاة المورث ؛ ولا يرتد برده ورفضه كما ترد الوصية برد الموصى له ، لانه معدود من نظم الشريعة .

وهذا معنى قولهم : **ان الارث جبري** ، فلا يسقط باسقاط الوارث ، كما لا يؤثر فيه قصد المورث الى الحرمان .

فلو أعلن انسان وسجل حرمان أحد ورثته أو تفضيل بعضهم على بعض في النصيب الارثي لم يكن لحرمانه أو تفضيله من أثر ، وانما يستطيع المورث أن يتصرف بأمواله كلها بالهبة أو سواها من

التصرفات المنجزة حال حياته ، وأن يوصي بثلث ماله فما دونه بعد موته لمن ليس بوارث ، اذ لا وصـية لوارث ، كيـلا تتخذ الوصية ذريعة الى التفضيل في الأرث[1] .

ويتضح مما سلف أن شرط الملكية بالارث أن لا يكون على المتوفى دين مستغرق للتركة ، فان كان فانه يقدم استيفاؤه من التركة على الارث ويمنع تملك الورثة ، حتى لو باع هؤلاء شيئا من التركة لا ينفذ البيع لانهم باعوا ما لم يملكوا ، الا أن يشاء الورثة دفع الدين كله من أموالهم الخاصة، فعندئذ تسلم لهم التركة ، اذ سلمت للغرماء ديونهم كاملة فلم يبق لهم في التركة علاقة .

واذا كان مبلغ الدين أكثر من التركة وأراد الورثة أن يدفعوا الى الغرماء من الدين ما يعادل قيمة التركة فقط ويتملكوها فليس لهم ذلـك الا اذا رضي الغرماء ، (ر : الـدر المختار ورد المحتار في كتاب القضـاء ٣٤٠/٤) .

ب ـ التضمين ، أو التعويض :

اذا أتلف أحد لآخر شيئا ، أو غصبه منه فهلك أو فقد ، وكذا اذا ألحق بغيره ضررا بجناية أو تسبب ، ففي ذلك وأمثاله يجب عليه ضمان ما أتلفه ، وتعويض الضرر الذي باشره أو تسبب به .

وعندئذ يملك المعوض لـــه ذلكالعوض ملكـا مسـتندا الى سبب **الخلفية** ، لان هذا العوض خلف عمـا تضرر فيه من مال أو منفعة أو عضـــو .

---

(١) تقدم ايضاح طريقة « **سد الذرائع** » وأمثلتها في التشريعالاسلامي عند الكلام على الاستصلاح فلتنظر هناك (ف ٢/٢٧) . وتقدم أيضا ذكر الحديث النبوي « **لا وصية لوارث** » وتخريجه آخر الفقرة /٤٧ ب / .

ويدخل في ذلك الدية ، وأرش[1] الجنايات ، فكل ذلك يملك بسبب الخلفية .

١٠٧ ـ رابعا ـ التولد من المملوك :

من القواعد المقررة أن ما يتولد أو ينشأ من المملوك مملوك .

فمالك الاصل هو أولى بفرعه من سواه ، سواء في ذلك ما ينتج بتسبب مالك الاصل وعمله ، وما يحصل بطبعه دون عمل مالك الاصل أو تسببه .

فثمرة الشجر ، وولد الحيوان ، وصوف الغنم ولبنها ، وأمثال ذلك ، كلها مملوكة لصاحب الاصل .

واذا تولد شيء من مشترك فهذا المتولد الحاصل يكون مشتركا بين المالكين للاصل بنسبة حصصهم فيه .

ونتاج المغصوب تجري على هذا الاساس : فولد الدابة المغصوبة وثمر الكرم المغصوب ملك للمالك المغصوب منه لا للغاصب .

ولكن هل يسري حكم الغصب على الفرع المتولد في يد الغاصب ، فيعتبر غاصبا للفرع أيضا منذ تولده ، فيضمنه اذا هلك ، أو لا يسري الغصب عليه الا بشرائط ؟

هذه قضية اختلفت فيها الاجتهادات ، كما هو مفصل في موضعه من

---

(١) **الارش** (بفتح فسكون) : هو العوض المالي الذي يقدر ويجب على الجاني في غير النفس أو الاعضاء .

أما عوض اتلاف النفس أو العضو فيسمى : **دية** (بكسر ففتح) .

كتاب الغصب في المؤلفات الفقهية ، اذ أن ثبوت ملكية الفرع لمالك الاصل لا يستلزم أن يعتبر غاصب الاصل غاصبا للفرع الذي لم يسلبه من المالك ، وانما حصل في يده حصولا .

وأما اذا زرع الارض غاصبها فان المحصول لـه لا لمالك الارض ، لانه نماء البذر وهو ملكه ، ولكنه يضمن لمالك الارض نقصانها بالزرع ان نقصت به[1] .

١٠٨ ـ هـذا ، وان المجلة قـد حصرت بالمادة /١٢٤٨/ أسباب التملك في الثلاثة الاول ، ولم تتعرض للتولد من المملوك .

وكذلك أرادت المجلة بالخلفية الارث فقط ، ففسرتها بخلفية شخص عن آخر ، في متابعة هـذا البيان ما في بعض الكتب الفقهية[2] دون نظر الى ما تدل عليه فروع الاحكام من أسباب شرعية للملك .

وقد رأينا من تتبع فروع صـور الملكية أن من الضروري اضافـة

---

(١) هذا الحكم الفقهي أصبح اليوم معدلا لدينا بالمادة /٨٨٥/ من القانون المدني السوري الجديد ، فقد قضت هذه المادة فيما اذا زرع الارض غير مالكها بأن يكون مالك الأرض مخيراً بين أمرين :

ـ اما أن يدفع للزارع قيمة البذر ويتملك محصوله بطريقة الالحاق بالارض .

ـ واما أن يترك الغلة للزارع ويأخذ منـه أجر مثـل الارض عـن سنة كاملة .

هذا اذا كان قد فات موسم البذر ، والا فلصاحب الارض ـ ان شاء ـ أن يكلف الزارع نزع بذره من الارض دون أي تعويض عن عمل الحراثة والبـذر .

(٢) ذكر ذلـك ابن نجيم في **الصيد والذبائح** من كتابـه « الاشباه والنظائر » وتابعته المجلة فيه (ر : مرآة المجلة م/١٢٤٨) .

سبب رابع هو التولد من المملوك كما قلنا ، لان الشيء المتولد من المملوك لا تستند ملكية صاحب الاصل فيه الى احراز ، اذ قد يكون في يد غيره كنتاج المغصوب ، ولا تستند أيضا الى عقد أو خلفية كما هو ظاهر • فوجب عد التولد سببا مستقلا •

أما ملك العوض في حالات التعويض أو التضمين فيبقى أيضا خارجا عن الاستناد الى أحد الاسباب الاربعة اذا فسرت الخلفية بالارث كما فعلت المجلة ومصادرها الفقهية •

لكننا استغنينا عن جعل التعويض سببا خامسا بالتوسع في معنى الخلفية فجعلناها نوعين : خلفية شخص عن شخص ، وخلفية شيء عن شيء كما رأيت • وبذلك يصبح مطردا تخريج جميع صور الملكية على هذه الاسباب الاربعة •

---

(١) قد يتوهم أن ملك العوض في حالة التعويض يمكن رده الى سبب العقد ، باعتبار أن دفع العوض ان كان باختيار الجاني فهو عقد رضائي ، وان كان بالحكم عليه فهو عقد اجباري كما في حالة الاخذ بالشفعة •

ولكن هذا التوهم مدفوع بأن سبب الملك هو ما قارنه ثبوت الملك ، وان الفعل الضار منشىء لالتزام الفاعل بالتعويض منذ صدور الفعل عنه • فحق الشخص المتضرر في العوض عن ضرره ثابت بصفة دين له في ذمة الجاني قبل القضاء له به أو دفع الجاني بدلا عنه برضاه •

فمن أتلف لآخر مالا أصبح مدينا لصاحبه بمثله أو بقيمته ، بدليل أن المتضرر يحل له شرعا اذا وقع في يده مال للجاني أن يستوفي منه قدر حقه هذا ويتصرف به كما تقدم • (ر : ف/٤) •

فهذا الدين في ذمة الجاني هو أحد أنواع الملكية كما تقدم بيانه ، فتحتاج هذه الملكية الى سبب مقارن تستند اليه منذ حصولها •

وليس دفع الجاني للعوض برضاه الا تفريغا لذمته من دين مملوك قبل الدفع • وليس القضاء به عند التخاصم الا مظهرا ومثبتا لحق المالك هنا لا منشئا له •

←

الفصل الثاني

تقسم الملك وأسبابه

أ ـ تقسيم أسباب الملك

١٠٩ ـ يتضح بعد ما أسلفنا بيانه عن أسباب الملكية الاربعة أن هذه الاسباب تقسم باعتبارين :

١ ـ باعتبار وجود الاختيار وعدمه فيها ٠

٢ ـ باعتبار أثرها النوعي ٠

أولا ـ من حيث الاختيار وعدمه :

فمن حيث الاختيار تنقسم أسباب الملكية الى نوعين : اختيارية وجبرية ٠

←

وذلك بخلاف حال الشفعة فان المقرر شرعا أن الشفيع لا يملك العقار الذي له فيه شفعة الا اذا أعطاه اياه المشتري برضاه أو قضي عليه بالشفعة ؛ أما قبل ذلك فالعقار باق على ملك المشتري ، وانما للشفيع حق أرجحية شرعية عليه في شراء العقار المبيع ٠ فالقضاء بالشفعة منشىء لملك الشفيع لا مظهر وان كان حقه في « **أن يتملك** » العقار المبيع ناشئا ببيعه منذ انعقاده ٠

فلذلك أمكن أن نعتبر ملك الشفيع في حال الشفعة مستندا الى سببية عقد ضمني رضائي أو قضائي ، ولا يمكن مثل هذا الاعتبار في الملك بالتعويض ٠

أ ـ فالاسباب **الاختيارية** هي ما كان الانســان مختارا في ايجادها وهي سببان : احراز المباحات ، والعقود •

ب ـ والاسباب **الجبرية** ما ليس له فيها اختيار ؛ وهي سببان أيضا : الارث ، والتولد من المملوك •

ثانيا ـ من حيث الاثر النوعي :

وأما من حيث الإثر النوعي فتنقسم أسباب الملكية أيضا الى نوعين : أسباب منشئة للملك ، وأسباب ناقلة له :

أ ـ فالاسباب المنشئة : هي التي توجد ملكا على شيء غير مملوك قبلها ؛ وهي احراز المباحات ، والتولد من المملوك •

ب ـ والاسباب الناقلة : هـي التي تتعلق بملك موجود قبلهـا فتنقله من حوزة الى حوزة وهي : الخلفية ، والعقود[1] •

---

(١) يعرفون العقد في الاصطلاح القانوني بأنه : « **اتفاق ارادتين على انشاء حق أو على نقله أو على انهائه** » كما تقدم (ر : ف/١٠٤) •

وظاهر هذا التعريف يقتضي أن يعتبر العقد سببا صالحا لانشاء الملك تارة ، ولنقله تارة أخرى •

لكن يجب أن يلحظ في هـذا المقام أن العقد لا ينحصر أثره في حـق الملكية بل هو أيضا سبب للالتزامات • وعلى هذا :

أ ـ فبالنسـبة الى سببية العقد في الملكية هـــو سبب ناقل أبـدا لا منشىء لان العاقد أو المعقود باسمه ، كالبائع أو الموكل مثلا ، يجب أن يكون قبل العقد مالكا للشيء يريد تمليكه ، فان فاقد الشيء لا يعطيه •

ب ـ أما بالنسبة الى سببية العقد في الالتزامات فقد يكون ناقلا ، وقد يكون منشئا •

ـ فالبيع كما ينقل ملكية المبيـع الى المشتري ينشىء به البائع على نفسه التزاما بتسليم المبيع ، وبضمان العيب الخ ••

←

ب ـ تقسيم الملك

١١٠ ـ وأما الملك نفسه فينقسم أيضا باعتبارين :

١ ـ باعتبار محله ، أي الشيء الذي يرد عليه الملك ويتعلق به •

٢ ـ باعتبار صورته ، أي كيفية تعلقه بالمملوك •

١١١ ـ (اولا) ـ من حيث المحل :

فمن حيث المحل ينقسم الملك الى ثلاثة أنواع : ملك العين ، وملك المنفعة ، وملك الدين •

أ ـ فأما **ملك العين** ، ويسمى أيضا : ملك الرقبة ، فهو أن تكون ذات الشيء ومادته مملوكة ؛ وذلك كملك الامـوال المنقولة ، من متاع وحيوان ، وكملك العقار ، أي الاموال غير المنقولة ، من أراض ، ودور ، وحوانيت •

ب ـ وأما **ملك المنفعة** فهو أن يملك الانسان حق الاستفادة فقط من الشيء مـع المحافظة عـلى عينه ، كقراءة الكتب ، واستعمال الآلات والادوات ، وسكنى الدور والحوانيت الخ •• بطريق الاجارة أو الاعارة ، أو بغيرهما من الاسباب المشروعة لتمليك المنافع •

هـذا ، وان بين ملك العين وملك المنفعة تلازما وتبعية في أحـوال

←

ـ والكفالة تنشىء التزاما جديدا على الكفيل بتأدية الدين المكفول عن غيره ، الى جانب التزام المدين الذي هو باق على حاله •

ـ والحوالة تنقل التزام تأديـة الدين الى صاحبه عن عهدة المـدين المحيل الى عهدة المحال عليه ، فيصبح هـذا الاخير هو وحده المكلف بهذه التأدية تجاه الدائن •

دون أخرى ، كما سنراه قريبا في خصائص الملكية (ف/١١٩) •

ج ـ وأما **ملك الدين** فكمبلغ لأحد في ذمة آخر بسبب ما ، كثمن مبيع على مشتريه ، وبدل قرض على مقترضه ، وقيمة مال متلف على من أتلفه ، ونحو ذلك •

ولا يسمى دينا الا اذا كان المبلغ **التزاما في الذمة** •

فاما الوديعة من النقود المحفوظة لصاحبها لدى وديع فهي من قبيل ملك العين ، لأنها أمانة متعينة يجب على الوديع حفظها ثم ردها بذاتها عند الطلب ، وليس له أن يأخذها ويرد مثلها •

فلو تصرف الوديع بها أصبح غاصبا ، وعندئذ يضمنها ، فيصير مبلغها دينا في ذمته كسائر الديون يوفى بأداء مثله •

١١٢ ـ الملكية التامة ، والملكية الناقصة :

هذا ، وبالنسبة الى العين والمنفعة ، تنقسم الملكية أيضا انقساماً فرعيا الى نوعين :

ـ ملكية تامة ، وهي أن يتملك الشخص رقبة الشيء ومنفعته معا •

ـ وملكية ناقصة ، ولها شكلان :

الشكل الاول ـ أن يملك الشخص منافع الشيء دون رقبته •

وهذا الشكل أكثر الحالات الواقعية للملكية الناقصة •

وتستفاد ملكيـــة المنافع وحدها باحـــدى طـرق أربعـة ، وهي

الاجارة[1] ، **والاعارة ، والوقف ، والوصية لاحد بالمنفعة** ، كسكنى دار أو غلة كرم ، ونحو ذلك[2] .

والشكل الثاني ـ عكس الاول وذلك بأن يملك الشخص رقبة الشيء دون منافعه .

وهذا قليل وخلاف الاصل في ملكية الرقبه التي من خصائصها أن تستتبع المنفعة ، اذ لا فائدة من ايجاب ملكية جردت من حق الانتفاع كما سنرى في خصائص الملكية .

فلذا كان هذا الشكل الذي يجرد فيه ملك الرقبة من حق الانتفاع حالة استثنائية تثبت موقوتة ثم تؤول الى تبعية المنفعة للرقبة .

وهذا الشكل لا يكون الا بطريق الوصية ، في صورتين منها فقط وهما :

١ ـ اذا أوصى المالك لشخص بمنفعة شيء بعد وفاته مدة معينة ،

---

(١) يلحظ هنا انه يدخل في الاجارة **حقوق القرار** التي تنشأ على عقارات الاوقاف بعقد خاص ، كعقد **التحكير في** الاراضي الموقوفة ، وكعقد **الاجارتين** في المباني الوقفية المتوهنة عندما لا يكون في الوقف امكان مالي لتعميرها .

فعقد الحكر والاجارتين يقوم كل منهما على أساس **اجارة طويلة تمنح** المستأجر حق الانتفاع الدائم بالعقار الموقوف لقاء أجرة معجلة تقارب قيمة العقار ، وأجرة مؤجلة سنوية ضئيلة رمزية لحفظ علاقة الوقف ، كما سنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية .

(٢) يلحظ هنا أيضا أن القانون المدني الجديد ، وقبله قانون الملكية العقارية ذو الرقم /٣٣٣٩/ لدينا قد سوغا انشاء **حق انتفاع** على العقارات بعقد خاص بين المالك والمنتفع مدة حياة هذا الاخير ، وقررا فيه بين الطرفين حقوقا وواجبات مفصلة .

أو مدة حياة الشخص الموصى له ، فان ورثة الموصي في هـــذه الحالة انما يملكون بالارث رقبة ذلك الشيء فقط ، أما منفعته فيملكها الموصى لــه ، ويتأخر ارثها ، فيستوفيها الموصى لـــه على حساب المورث لا على حساب الورثة ، وتعتبر العين كأنها محبوسة عـــلى ملك المورث في حـق المنفعة الموصى بها •

٢ ـ اذا أوصى مالك العين لشخص بمنفعتها مدة معينة أو مـــدة حياتــه ، وأوصى لآخر برقبتها ، فان الموصى لــه بالعين يكون مالكا لرقبتها وحدهـا مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة حتى تنقضي بانتهاء المـدة المحددة له أو بموته •

وفي كلتا هاتين الصورتين يكون انفكاك ملك الرقبة عن ملك المنفعة موقوتا بمدة استحقاق المنتفع للمنفعة • فمتى انتهت عادت المنفعة الى تبعيتها للرقبة ، فيصبح مالك الرقبة مالكا للمنفعة على حكم الاصل[1] • (ر : البدائع ٣٥٢/٧ ـ ٣٥٤/ ، والهداية والدر المختـار أول باب الوصية بالخدمـة والسكنى والثمرة) •

١١٣ ـ وفقهاء الحنفية قـد اعتبروا المنافع والديون أملاكا ولـم يعتبروها أموالا • وبذلك فرقوا بين مفهوم « **الملك** » ومفهوم « **المال** » كمـــا تقدم •

(ر : ف/١٠١/وج ٢ف/ ٦٩ ـ ٧٣ والمجلة / ١٢٥ و ١٢٦ / ، ورد المحتار أوائل البيوع ، وفتح القدير أول الشركة) •

---

(١) الاوضاع القانونية أوجدت انفكاك الانتفاع عن ملك الرقبة بصورة دائمة بالنسبة **لأملاك الدولة** ، كما في حق التصرف بالاراضي الاميرية ، فان رقبتها باقية لبيت المال ، وانما للناس فيها حق التصرف والانتفاع الدائم بكل الوجوه ، كما اقرت هذا الانفكاك بصورة موقوتة بمدى حياة المنتفع بطريق التعاقد بعقد خاص ينشىء حقا عينيا يسمى : **حق الانتفاع** •

فالملك بمعنى المملوك[1] هو أعم مفهوما من المال ، لأن المال عند فقهاء الحنفية يقتصر على الموجودات المادية ذات القيمة بين الناس ، أما المملوك فهو كل ما تتعلق به الملكية أي الاختصاص ، فيشمل الاعيان المالية والمنافع والديون ، لأن هذه المنافع والديون يجري فيها الاختصاص كما يجري في الاعيان .

على أن الاجتهادين المالكي والشافعي يعتبران المنافع أموالا كالاعيان بلا فرق .

وهذا هو الاوجه والموافق للانظار القانونية العامة الحديثة .

وسنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية مزيد بسط وايضاح للتفريق بين المال والملك في النظر الفقهي ، وثمرة هذا التفريق (ر : ج٣ف/٦٩ - ٧٣) .

١١٤ - (ثانيا) - من حيث الصورة :

ومن حيث الصورة ينقسم الملك أيضا الى نوعين : ملك متميز ، وملك شائع .

ا - **فالملك المتميز** هو ما يتعلق بشيء معين ذي حدود تفصله عن سواه .

---

(١) يلحظ هنا أن الفقهاء عندما يقولون بأن المنافع والديون هي من قبيل الملك لا المال انما يريدون معنى اسم المفعول ، أي المملوك الذي يتعلق به الملك ؛ لأن الملك بالمعنى المصدري أي الملكية انما هو علاقة اختصاصية للانسان بالاشياء من أموال ومنافع كما تقدم . فالمنافع ونحوها هي محل للملكية ، أي انها مملوكات ، وليست هي الملكية نفسها .

وذلك كما يملك انسان رأسا من الغنم ، أو كتابا ، أو دارا بكاملها ، أو طبقة معينه من دار ذات طبقات ، ونحو ذلك •

ب ـ **والملك الشائع** أو المشاع هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيرا أو صغيرا •

وذلك كما يملك انسان نصف دار ، أو ربع فرس ، أو جزءا من مائة فأكثر من أرض ، ونحو ذلك •

وهذا ما يسمونه « **الحصة الشائعة** » في الشيء المشترك •

وبمقتضى نظرية الشيوع يكون كل جزء أو ذرة من المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص ، بل تتعلق به ملكيات جميعهم •

وعن هذا يعرفون الحصة الشائعة بأنها : « السهم الساري الى كل جزء من أجزاء المال المشترك » (المجلة ١٣٩) ، ويصفها الفقهاء بأنها : **جزء منبث في الكل** •

ومن الواضح أنه متى قسم المال المشترك بين الشركاء زال الشيوع من الملك ، وأصبحت ملكية كل واحد في حصته ملكية متميزة •

١١٥ ـ الشيوع في الديون :

ان الشيوع لا يختص بملكية الاعيان ، بل الديون أيضا قد تكون الملكية فيها مشتركة شائعة ؛ وعندئذ يسمى الدين : **دينا مشتركا** ، وهو الذي ينشأ لأشخاص متعددين في ذمة آخر **بسبب واحد** ؛ كما لو باع اثنان من آخر بعقد واحد شيئا مشتركا بينهما ، أو أتلف هذا لهما

شيئا مشتركا . فالثمن في حالة البيع ، وكذا القيمة[1] في حالة الاتلاف ، يكون دينا مشتركا لهما في ذمة الآخر ، أي ان حقوقهما في ذمته مختلطة اعتبارا كشيوع ملكية أصحاب الحصص في العين المشتركة .

فلو لم يكن سبب الدين واحدا كما لو باع كل شريك حصته من المال المشترك بعقد مستقل ، أو أتلف المتلف لكل منهما مالا متميزا غير مشترك ، لم يكن الثمن أو القيمة في ذمته مشتركا ، بل يكون دين كل منهما مستقلا عن الآخر .

وسنرى قريبا في الخاصة السادسة من خصائص الملكية النتيجة العملية لاعتبار الدين مشتركا أو مستقلا (ر : ف/١٣٨) .

١١٦ - ازالة الشيوع :

تبين مما تقدم أن الملكية الشائعة انما تكون دائما في شيء مشترك .

فهذه الشركة اذا كانت في عين المال فقط دون الاتفاق على استثماره بعمل مشترك تسمى : « **شركة ملك** » .

وتقابلها « **شركة العقد** » وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل ، واقتسام الربح ، كما في الشركات التجارية أو الصناعية .

---

(١) يفرق الفقهاء بين القيمة والثمن :

فالقيمة هي : العوض الحقيقي الذي يساويه الشيء بين الناس .

أما **الثمن** فهو : البدل الذي يتفق عليه المتبايعان للمبيع ، سواء أكان أقل من قيمته الحقيقية أو أكثر ، كما سنرى في « عقد البيع » من الجزء الخامس الخاص بالعقود المسماة .

وشركة العقد نافعة لأن فيها تقويــة وتوسيعا للفعالية الاقتصاديــة ، وتعاونا بالمال والعمل على ايجاد القوة اللازمة في كثير من المشروعات الانتاجية التي يعجز عنها الفرد غالبا ٠

أما شركة الملك فهي قيد معرقل للتصرف ، لأن الشريك لا يستطيع أن يتصرف في حصته الشائعة من المال المشترك تصرفا فعليا يضر بشريكه كاستهلاك العين أو تغيير شكلها ونحو ذلك ٠

ومن ثم شرع في شــركة الملك سبيل **ازالة الشيوع** من الاعيان المالية المشتركة(١) ٠

وان القسمة هي ذلك الطريق الاساسي شرعا وقانونا لازالة الشيوع من المال المشترك ، واختصاص كل شريك بقسم متميز(٢) ٠

فاذا أبى أحد الشركاء القسمة تقسم المحكمة جبرا عليه بطلب أحد الشركاء اذا كان المال قابلا للقسمة ، لا فرق في ذلك بين المنقول والعقار

---

(١) أما الديون المشتركة فلا تتأتى فيها ازالة الشيوع ما دامت في الذمة ، وانما يمكن ذلك فيما يقبض منها ، فيقسم بعد قبضه بين الدائنين المشتركين فيه ، وتصبح ملكية كل واحد منهم ملكية مستقلة متميزة فيما خصه بعد القسمة ، كما هو الظاهر ٠ وانظر ما سيأتي في الخاصة السادسة من خصائص الملكية (ف/١٢٨) ٠

(٢) مما يجدر بالذكر أن الشــفعة في العقار المشترك بين شخصين فأكثر عند بيع أحد الشركاء حصته لغير شركائه تعد من التدابير المؤدية الى ازالة الشيوع أو الى تخفيفه بتقليل عدد الحصص الشائعة وجمع بعض ملكياتها الى بعض ٠

فالشفعة تساهم في غرض ازالة الشيوع بطريق غــير مباشر ، وان كانت لها غايات أخرى في نظر التشــريع تقتضي جريان الشفعة في غــير حالات شيوع الملك ٠

وفقا للمواد /١١٢٣/و/١١٣٠ - ١١٥٢/ من المجلة .

وأما اذا كان المشترك غير قابل للقسمة فان فقهاءنا لم يوجبوا فيه البيع الجبري لازالة الشيوع عند اختلاف الشركاء ، بل تستمر بينهم شركة الملك **ويتهايؤون** ، أي يتناوبون في استعمال المال المشترك . وهذا حكم القياس ، لأن الانسان لا يجبر على بيع ما يملك ، وان المهايأة هي في الحقيقة **قسمة المنافع** .

وقد بينت المجلة كيفية المهايأة الشرعية وأنواعها من زمانية ومكانية ، ومن رضائية وقضائية ، أي اختيارية وجبرية ، وفصلت أحكامها في المواد / ١١٧٤ - ١١٩١ / منها[1] .

١١٦/٢ - غير أن قانون ازالة الشيوع لدينا الصادر في العهد العثماني باسم « قانون تقسيم الاموال غير المنقولة » قد أوجب ازالة الشيوع في **العقار المشترك** بطريق القضاء بناء على طلب أحد الشركاء جبرا على سائرهم ، سواء أكان قابلا للقسمة أو غير قابل .

فان كان قابلا للقسمة يقسم بينهم قسما ، وفقا للحكم الفقهي المبين في المواد / ١١٤٧ - ١١٥٢ / من المجلة .

وان كان غير قابل للقسمة يباع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه بين الشركاء .

وقد بقي المال **المنقول المشترك** ، بمقتضى هذا القانون ، على أصل الحكم الشرعي ، لا اجبار فيه على ازالة الشيوع عند عدم قابلية القسمة .

---

(١) سيأتي قريبا في الفقرة التالية /١١٧/ ان المهايأة قد أصبحت ملغاة قانونا في **العقارات الزراعية** .

وازالة الشيوع من العقار بمقتضى قانون تقسيم الاموال غير المنقولة المذكورة هي من صلاحيات المحاكم الصلحية لدينا[١] .

وأخيرا في سنة / ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م / جرى تعديل المادة / ٣ / من قانون حكام الصلح لدينا بالقانون ذي الرقم / ٣٥٣ / الصادر في ٣ حزيران / ١٩٤٧ م / فعمم في هذه المادة المعدلة حكم ازالة الشيوع الجبرية القضائية على المنقول أيضا بالطريقة التي تتبع قانونا في حق العقار المشترك ، وذلك بقسمته ان كان قابلا للقسمة ، وبيعه لو غير قابل .

وفي هذا مصلحة ظاهرة بازالة مشكلات شركة الملك كلما تولدت بأسبابها الطبيعية من ارث وغيره. وان مثل هذه المصلحة لا يأباها الاستحسان الفقهي ان أباها القياس .

١١٧ - ومما يجب أن يلحظ في هذا المقام انه بعد أن تقرر في القوانين طريقة ازالة الشيوع الجبري قضاء في العقار لم يبق موجب للمهايأة الجبرية بطريق التناوب في استيفاء منافع الشيء المشترك الا اذا ادعى أحد الشريكين بطلب المهايأة ولم يطلب الشريك الآخر ازالة الشيوع ، وذلك لأن كل ملك مشترك أصبح قابلا لازالة الشيوع منه قضاء على كل حال ، ان لم يكن بالقسمة فبالبيع واقتسام الثمن[٢] .

---

(١) أصبح اسمها بعد الوحدة بين مصر وسورية : **المحاكم الجزئية** .

(٢) نلفت النظر هنا الى أن المهايأة الجبرية قد أصبحت ملغاة في **العقارات الزراعية** بمقتضى المادة الاولى من القرار التشريعي ذي الرقم /١٧١/ الصادر عن المفوض الفرنسي في عهد الانتداب الافرنسي في العاشر من آذار سنة /١٩٢٦ م / بشأن « **حل الاراضي المشاعة** » **لأجل تحسين الزراعة** .

وتظهر فائدة المهايأة في حق ايجار الحصة الشائعة من عقار أو مال منقول ، فان ايجارها ممكن شرعا وقانونا ، (ر : ف/١٢٧) ولا سبيل الى تنفيذ عقد الايجار في حق الحصة المأجورة الا بطريق التهايؤ مع الشريك غير المؤجر مهايأة **زمانية او مكانية** .

ـ والمهايأة الزمانية هي أن ينتفع كـل من الشريكين عـلى التعاقب بجميع الشيء المشترك مدة معينة بنسبة حصته ، كما في أرض مشتركة أثلاثا بين شخصين اذا تهايأا على أن يزرعها هذا سنة والآخر سنتين .

ـ والمكانية هي أن يخصص لكل من الشركاء بعض من المال المشترك بنسبة حصته ، فينتفعون معا في وقت واحد ، كالدار يسكن كل من الشريكين فيها قسما منها يعادل حصته وكحانوتين مشتركين بين شخصين يستعمل كل منهما واحدا . (ر : المجلة / ١١٧٦ ـ ١١٧٧) .

←

ونص المادة الاولى من القرار المذكور كما يلي :

« ان القسمة الدورية بين الاشخاص الـذين سيشغلون اراضي الفلاحة والبساتين والكروم والجنائن الخ ... المملوكة مشاعا خلافا للتعليمات المذكورة في سندات الملكية أو التي هي بدون سندات هي ممنوعة وتبقى ممنوعة » .

والقسمة الدورية المعنية في هذه المادة هي المهايأة .

ووجهة النظر في المنـع أن المهايأة تضعف الارض الزراعيـة بسبب حرص كل شريك في نوبته على أن يستفيد من الارض أقصى ما يستطيع من ثمرات كما أنه يضن عليها في نوبته بالحراثة والتسميد لأن بقاياها النافعة ستذهب الى الشريك الذي يليه في نوبة المهايأة .

وظاهر ان هـذا المنع مقصور على العقارات الزراعية ، وليس الغاء للمهايأة بوجه عام كما يظن . ومما يشعر بذلك أيضا ما جاء في أسبابه الموجبة من أن المقصود به تحسين الزراعة .

ومن الواضح أنه في نحو الحيوان الواحد مما لا يتجزأ لا تمكن المهايأة الا في الزمان ٠

ومن ثم جعل الفقهاء المهايأة نوعين زمانية ومكانية لتقتسم بها المنافع في كل شيء بحسبه ٠

الفصل الثالث

خصائص الملكية

١١٨ - ان للملكية في مختلف أنواعها وصورها خصائص يختلف فيها بعض أنواع الملكية عن بعض .

وهذه الخصائص قابليات واعتبارات شرعية يقبل بمقتضاها بعض أنواع الملكية ما لا يقبله غيره من التصرفات والاحكام ، بحسب طبيعة كل نوع ، وما يرمي اليه النظر التشريعي فيه .

ولم يجمع الفقهاء هذه الخصائص للملكية في بحث مستقل ، وانما تظهر للفقيه الباحث من غضون الاحكام الفقهية التي أقرها الفقه في شتى المباحث والمناسبات التي تتصل بالملكية وأسبابها .

وسنعرض فيما يلي هذه الخصائص التي تدل عليها النصوص وفروع الأحكام الفقهية :

١١٩ - الخاصة الاولى :

ان ملك العين يستلزم مبدئيا ملك المنفعة ولا عكس .

فملك العين يستلزم ملك المنفعة ، أي يستتبعها حالا أو مآلا . ولا عكس ، أي أن ملك المنفعة لا يستلزم ملك العين ، فان الشخص قد يملك منافع شيء دون عينه ، كما في الاجارة والاعارة .

وذلك لأن ملكية الاشياء ليست مقصودة لذاتها ، وانما الغاية منها هي منافعها ؛ فليست ملكية العين بشيء لولا المنفعة المرجوة منها .

وانما أقر الشارع فكرة ملكية الرقبة لتكون سندا لكمال الانتفاع الحر والتصرف المشروع ولو بالاستهلاك[1] .

فاذا تصورنا انفكاك ملكية الرقبة في الشيء عن حق الانتفاع بصورة دائمة فذلك من العبث الذي ليس من شأن التشريع أن يقره . وانما يقره على سبيل الاستثناء في حالات عارضة موقتة تنتهي الى تبعية المنافع للعين ، فتعود الى ملكية الرقبة ثمرتها المعقولة [2] .

وعلى هـذا الاساس لم يكن في الفقه الاسـلامي من أسباب الملكية ما يوجب امتلاك الرقبة وحدها دون المنفعة الا في صورتي الوصية بالمنفعة المتقدمتين (ف/١١٢) ، وهما :

ـ اذا أوصى المالك بمنفعة شيء من مالـه ، كسكنى داره أو ثمرة

---

(١) حتى أن بعض فقهاء المالكية يذهبون في فلسفة الملك الى نظر يرون فيه أن الملك لا يمكن أن يقع على ذوات الاشياء وجواهر مادتها ، لأن التصرف بجوهرها ليس في قدرة الانسان ، وانما يقع الملك على منافع الاشياء بصورة تختلف سعة وضيقا ، واطلاقا وتقييدا ، وتوقيتا وتأبيدا . وبحسب هذه الحدود تختلف العقود في أسمائها ونتائجها : فالبيع يعطي الملكية في المنافع مطلقة مؤبدة والاجارة تعطيها مقيدة وموقتة ؛ وهكذا .

لكن جمهور الفقهاء ، ومنهم الحنفية ، على خلاف هذه النظرية ، فيرون أن الملكية تقع على ذوات الاشياء وأعيانها كما تقع على منافعها .

ولا نرى لهذا الخلاف النظري من ثمرة (ر : الملكية ونظريـة العقد للاستاذ أبي زهرة ، ف/١٧) .

(٢) انظر ما تقدمت الاشارة اليـه من حال الاراضي الاميرية لدينا قانونا (ف/١١٢ ح) .

بستانه ، لشخص مدة محددة أو مدى حياته .

- واذا أوصى بعين المال لشخص ، وبمنفعته لآخر مدة محدودة .
فان الورثة في الصورة الاولى ، والموصى لـه بالعين في الصورة الثانيـة ، يملكون رقبة المال فقط دون المنفعة ، حتى ينتهي حق الموصى له بالمنفعة فيعود حق الانتفاع الى مالك الرقبة من وارث أو موصى له بالعين . فان لم يكونا أحياء فالى ورثتهم كما تقدم في تقسيم الملك .

والنظر الفقهي في صحة هـذه الوصية ان انفكاك ملك الرقبـة عن المنفعة موقوت غير دائم ، وسينتهي ملك الورثة أو الموصى لـه بالرقبة الى ملك تام في المآل ، فاغتفر هـذا الانفكاك في الحال احتراما للوصية ، لأنها مبنية على التسامح وعلى خلاف القياس في كثـير من احكامها تشجيعا عـلى عمل البر في نهاية الحياة .

وعن هذا كانت الوصية بالمنافع وحدها أبدا لجهات دائمة لا لشخص معين تخرج عن معنى الوصية وتعتبر في معنى الوقف الدائم الذي تسقط فيه الملكية الخاصة عن رقبة المال ، وترصد أبدا لمنفعة الجهة الخيرية الدائمة التي خصصها لها الواقف .

فلو أوصى انسان بثمرة كرمه أو غلة داره للمساكين أبدا ، أو لشخص معين ومن بعده للمساكين ، كان ذلك وقفا مضافا الى ما بعد الموت بحكم الضرورة نظرا الى **التأبيد** ، وان كان بلفظ الوصية ، اذ لم يبق لملكية الورثة في الرقبة معنى ما دامت المنفعة لغيرهم أبدا .

(ر : فتح القدير الوقف ٥/٤١٩ ورد المحتار ٣/٣٥٩) .

١٠٢ - الخاصة الثانية :

ان أول ملكية تثبت على الشيء الذي لم يكن مملوكا قبلها انما تكون دائما ملكية تامة .

أي انهـا تكون شـاملة لرقبة الشيء ومنافعه معـا • فلا يمكن أن تثبت الملكية الاولى على الشيء ناقصة مقصورة على رقبته دون منافعه ، أو على منافعه دون رقبته •

والملكية الاولى هي التي تثبت عـلى الشيء بسبب منشيء ، أي بطريق احراز المباحات ، أو بالتولد من المملوك •

ومتى تثبت تلك الملكية الاولى على شيء بسببها المنشيء لا يتصـور بعدها أن يتعلق بذلك الشيء ملك جديد الا بالسبب الناقل للملكية دون المنشيء ، لأن كل ملك يثبت على شيء مملوك قبلا انما يكون من قبيل تبدل المالك ، وهذا هو معنى نقل الملكية •

ثم ان المـالك السابق اما أن تنتقل عنه ملكية العين والمنفعة معا فتثبت لغيره ملكية تامة كمـا في البيع والهبة ونحوهما من الاسباب التي توجب ملكا تامـا ؛ واما أن تنتقل عنه ملكية المنفعة وحدهـا أو الرقبة وحدها ، فتثبت لغيره ملكية ناقصـة بأحد أسـبابها المشروعة التي تقدم بيانهـا في تقسيم الملك •

ويستنتج من ذلـك أن الملكيـة التامة تتعلق بهـا الاسباب المنشئة والناقلة ، فتنشـأ أولا بالاحراز أو التولد من المملوك ، ثم تنتقل بالعقود أو الخلفية •

أما الملكية الناقصة فلا يتعلق بها من أسباب التملك الا السبب الناقل عن مالك سابق ، لأن ملكية منافع الشيء وحدها أو رقبته وحدها تكون مسبوقة دائما بملكية تامة فيه •

١٢١ ـ الخاصة الثالثة :

ان ملكية العين لا تقبـل التوقيت ، امـا ملكية المنفعة فالاصل فيها التوقيت :

فملكية العين متى ثبتت بأحد أسبابها تثبت مؤبدة ، وانما يتصور أن يطرأ عليها بعد ذلك انتقال بسبب جديد ناقل • فان لم يطرأ عليها ناقل من عقد جديد أو خلفية لا تنتهي الملكية التي سبق ثبوتها •

وعلى ذلك أثبت الرسول صلى الله عليه وسلم في العمرى[1] الملك الدائم بقوله :

« من أعمر عمرى فهي للمعمر له ، ولورثته من بعده » •

وقد فرع الفقهاء على هذا المبدأ أن من شرائط صحة البيع عـــدم التوقيت ، فاذا وقت فسد (ر : رد المحتار ٤/٦) •

" ـ أما ملكية المنافع دون الاعيان فالاصل فيها التوقيت ، كما في الاعارة ، والاجارة ، والوصية بمنفعة شيء لشخص مدة محدودة • فمتى انقضت تلك المدة المحدودة انقطع حق الانتفاع •

وهذا التوقيت في تمليك المنفعة اذا كان في عقد معاوضـــة كالاجارة والصلح كان ملزما للمملك ليس له أن يرجع عنه ، لانه بمثابة بيع للمنفعة مدة معينة ، فقد صرح الفقهاء ان الاجارة هي في الحقيقة نوع من البيـــع من حيث انها بيع المنافع ، في مقابل بيع الاعيان ، كما تقدم (ر : ف/١١/ ثانيا ، ورد المحتار ٥/٢و٢٩) •

وأما اذا كان التوقيت لملك المنفعة واقعا في عقد التبرع وهو الاعارة

---

(١) **العمرى** (بضم العين والالف المقصورة وزان « **صغرى** » :) هي أن يهب انسان آخر شيئا مدى عمره ، أي على انه اذا مات الموهوب لـــه عاد الشيء الى الواهب •

ويكون ذلك بقوله أعمرتك ، أو أعطيتكه عمرى ، ونحو ذلـــك من العبـــارات •

فانه ليس بملزم للمملك ، بل يكون للمعير أن يرجع عن الوقت الذي حدده للمستعير الى وقت أقصر منه ، كما يجوز له أن يرجع عن أصل الاعارة ، ويسترد العارية متى شاء[1] .

١٢٢ - غير أن فقهاءنا لم يهملوا النظر الى ما يمكن أن يسببه هذا الرجوع عن توقيت العارية من ضرر للمستعير ، كما لو كانت العارية أرضا أعارها صاحبها الى غيره للزرع أو الغرس أو البناء مدة معينة ، فزرع فيها المستعير أو غرس أو بنى ، ثم رجع المعير وطلب استرداد الارض قبل انقضاء المدة المضروبة .

فقد قرر الفقهاء في ذلك تفصيلا :

أ - ففي صورة الزرع لا يحق للمعير استرداد الارض قبل استحصاد الزرع ، لان للزرع أمدا موسميا ينتهي فيه .

ولا فرق في صورة اعارة الارض لاجل الزرع بين أن تكون هذه

---

(١) يلحظ هنا أن الوصية بالمنفعة ، وان كانت تبرعا ، لا يحق فيها لوزثة الموصي بعد موته أن يرجعوا عن المدة التي حددها مورثهم لانتفاع الموصى له ، لان حق الرجوع انما كان لمورثهم المالك الموصي ، وقد مات ، فأصبحت الوصية بهذا العارض مبرمة لازمة في أصل المنفعة الموصى بها وفي وقتها المحدد لها ، وان كانت تبرعا ، لأن الورثة انما ينتقل اليهم في هذه الحال ملك الرقبة فقط مدة انتفاع الموصى له ، كما تقدم ، والا لما استقرت وصية أبدا لو أعطي ورثة الموصي حق الرجوع .

ولهذا يصرح الفقهاء بأن **انتفاع الموصى له بالمنفعة بعد الموصي انما يعتبر شرعا على حساب ملك الموصي لا على حساب ورثته** ، فيعتبر المال الموصى بمنفعته محبوسا على ملك المورث المتوفى في حق المنفعة الموصى بها . وهذا معنى كون الورثة انما يملكون في هذه الحال رقبة المال فقط ، فلا يرثون المنفعة أيضا الا بعد انقضاء مدة انتفاع الموصى له أو موته كما تقدم (ف /٩٩/ ؛ والدر المختار ورد المحتار ٤٤٢/٥) .

الاعارة موقتة أو مطلقة ، بل يبقى الزرع الى أن يستحصد عـلى الارض بأجر مثلها عن المدة التي بين تاريخ الرجوع والاستحصاد • وفي ذلـك حفظ حق المعير ومنع الضرر عن المستعير •

ب ـ وفي صورتي الغرس والبناء يحق للمعير أن يرجع في الارض المعارة للغرس والبناء مطلقا في أي وقت شاء ، سواء أكانت الاعارة مطلقة أو موقوتة • وعندئذ يكلف المستعير قلع الغراس أو البناء ، وتسليم الارض الى المعير خالية عنه •

وذلك لان الغرس أو البناء ليس لهما أمد ينتهيان اليه كأمد الحصاد للزرع •

ولكنها اذا كانت موقوتة فرجع المعير قبل الاجل الذي ضربه للمستعير الغارس أو الباني ، فان المعير يكون قـد غرر بالمستعير تغريرا أضر بـه ، فيحق للمستعير تضمين المعير مقدار تفاوت قيمة البناء أو الغراس بين وقت القلع وانتهاء المدة التي كانت مضروبة للاعارة •

فلو كان البناء أو الشجر المقلوع ، قيمته حين الرجوع والقلع اثني عشر دينارا ، وقيمته في ذلك الحين عـلى أساس بقائه الى انتهاء الاجـل المضروب للاعارة عشـرون دينارا ، يضمن المعير للمستعير ثمانيـة دنانـير (ر : المجلة / ٨٣١ ـ ٨٣٢ والدر المختار ٤/٥٠٥) •

١٢٣ ـ الخاصة الرابعة :

ان ملكية الاعيان لا تقبل الاسقاط ، وانما تقبل النقل

فلو أسقط أحـــد ملكيته عن شيء مملوك لـــه لا تسقط ويبقى ملكا لـه •

وعلى هذا الاساس منع الاسلام السائبة ، وهي الشيء يخرج عن ملك مالكه لا الى مالك جديد • وقد كانت العرب قبل الاسلام تعتادالتسييب في الابل في حالات خاصة ، فأبطله القرآن بالنص الصريح • حتى لو صيد الحيوان ثم أطلق يبقى على ملك صائده الاول • فلو وقع في يد شخص آخر وعرف فللاول استرداده منه •

وقد بنى الفقهاء على ذلك عـــدم صحة الابراء عن الاعيان ، لما في الابراء من معنى الاسقاط مشــوبا بمعنى التمليك • فلو كان لاحد عنـد آخر شيء مغصـوب أو مودع فأبرأه عنــه لا يصـح الابراء ، ويبقى الشيء لصاحبه •

أما لو تلف المغصوب في يد الغاصب حتى وجب عليه ضمان قيمته ، فأبرأه المالك عنها يصح ابراؤه ، لانتقال الحق الى الذمة ، والحقوق في الذمم تقبل الاسقاط •

١٢٤ ـ استثناء الوقف :

ويستثنى من عدم قابلية ملكية العين للاسقاط **الوقف** ، على رأي من يرى الوقف اسقاطا للملكيــة الواقف لا تبرعا ؛ فقد خرجت بــين عين الموقوف عن ملكية الواقف لا الى مالك جديد •

لكن هذا لا يعد من السائبة ، لان فيه الى جانب اسقاط الملكية تبرعا دائما لجهة خيرية يتوقف على خروج العين الموقوفة عن ملكية الافراد • ولذا يعرف الفقهاء الوقف بأنه :

« حبس العين على حكم ملك الله تعالى ، والتصدق بالمنفعة »

والاوجه أن يعتبر في الوقف انتقال ملكية العين الموقوفة الى الجهة

الخيرية الموقوف عليها[1] ، باعتبار أن تلك الجهة شخصية حكمية • ولذلك يجوز أن يستبدل بعقار الوقف غيره اذا دعت الحاجة والمصلحة الى الاستبدال به • فهذا التصرف بالعين استبدالا هو من آثار ملكية الجهة الموقوف عليها المستبدل لحسابها •

١٢٥ ـ الخاصة الخامسة :

ان الملكية الشائعة في الاعيان المادية هي ، في الاصل ، كالملكية المتميزة المعينة في قابلية التصرف ، الا لمانع •

فيصبح بيع الحصة الشائعة من شيء ، والصلح عنها ، ووقفها ، والوصية بها ، سواء أكان البائع أو العاقد مالكا لتلك الحصة المعقود عليها فقط ، أو مالكا للشيء كاملا ، لان التصرف في بعض الشيء المملوك جائز كالتصرف فيه كله •

غير أنه يستثنى من ذلك ثلاثة عقود اعتبر الفقهاء في طبيعتها وشرائطها ما يمنع اجراءها على الحصة الشائعة ، اما منعا مطلقا ، أو في حال دون حال •

وهذه العقود المستثناة هي : **الرهن ، والهبة ، والاجارة •**

١٢٦ ـ وهذا المنع بالنسبة الى الرهن وجيه فان الرهن يتنافى

---

(١) الوقف لا يصح الا أن يكون فيه جهة دائمة موقوف عليها حالا أو مآلا ، وذلك بان يكون اما موقوفا ابتداء على الجهة الخيرية كالوقف على الفقراء مثلا أو على مسجد أو مدرسة أو نحو ذلك من وجوه الخير ، وهذا ما يسمى « **الوقف الخيري** » ؛ واما موقفها أولا على أشخاص معينين أو على الذرية ما داموا وتعاقبوا ، ثم من بعد انقراضهم فعلى جهة خيرية دائمة ، وهذا ما يسمى : « **وقفا ذريا ، أو أهليا** » •

مع شيوع المرهون في نظر الفقهاء ؛ لانـه ـ بحسب غايتـه وهي توثيق استيفاء الدين ـ يشترط فيه قبض المرهون ، ثم يقتضي ذلـك استمرار حبسه في يد المرتهن . وهذا مانع من صحة الرهن في الجزء الشائع ، اذ لو رهن الانسان حصة شائعة ، كربع فرس أو نصف دار : فاذا احتبس المرتهن المال كله دائما كان متجاوزا على حق الشريك غير الراهن لحبس حصته من المال عنه بسبب الشيوع ؛ واذا تناوب المرتهن مع مالك الحصة غير المرهونة في الحبس والاستعمال ، بحيث يحتبسه بحكم الرهن مدة ، ويسلمه اليه مدة للاستعمال ، فانه يفوت عندئذ استمرار احتباس المرهون ، فيفقد الرهن قوته التوثيقية ويعدم غايته .

وهذا المعنى يقتضي أن يصح الرهن العقاري اليوم على الحصة الشائعة من العقار في البلاد التي أسست فيها سجلات ونظم عقارية توجب تسجيل كل عقد عقاري في تلك السجلات . وهذا ما قد قرره القانون المدني لدينا اذ نصت المادة / ١٠٥٨ / منه على أن « **كل عقار جاز بيعه جاز رهنه** » . ولم تستثن الحصة في العقار من هذا الجواز[١] .

وذلك لان نظام السجل العقاري أغنى عن قبض العقار المرهون بمجرد وضع اشارة الرهن عليه في صحيفته من السجل العقاري لمنع الراهن من التصرف فيه ببيع ونحوه مع بقاء العقار المرهون في يد مالكه الراهن ، كما في سورية[٢] .

---

(١) بينما كان قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذو الرقم /٣٣٣٩/ يستثنى الحصة الشائعة ، فينص صراحة في المادتين / ٢٣ و ١٠٤ / على عدم جواز رهنها .

(٢) وقد استقر أخيرا رأي محكمة التمييز السورية (محكمة النقض) واجتهادها على أن تسجيل العقد العقاري في السجل العقاري يعتبر تسليما قانونيا يقوم مقام التسليم الفعلي في نتائجه .

هـذا ما يتعلق برهن الحصـة الشائعة في نظر علماء الشريعة وفي القانون المدني[1] .

---

(١) أما الشـيوع في محل عقد الهبة والاجارة فلفقهاء الحنفية فيـه تفصيل نلخصه فيما يلي :

أ ـ في الهبـة :

اذا وردت الهبة على حصة شائعة من مال **قابل للقسمة** ، كهبة نصف دار كبـيرة تحتمل أن تقسم الى دارين ، وهبة ربع قطيـع من الغنم أو نصف صبرة من القمـح ، ونحو ذلك مما لا تضره القسمة ، فان الهبـة لا تصح في هذه الحصص الشائعة لانه يشترط لتمام عقد التبرع التسليم والقبض ، وان كمال القبض يكون بتمييز المقبوض من غيره . والحصـة الشائعة لا يمكن فيها الا التسليم الضمني تبعا لتسليم جميع المال التي هي جزء شائع فيه . فتسليمها على هذا الوجه يكون ناقصا غير كامل . وما دام المال قابلا لان يقسم وتسلم منـه الحصة الموهوبة متميزة تسليما كامـلا لا يكتفي بالتسليم الناقص .

أما اذا وردت الهبة على حصة شائعة من مال غير قابل للقسمة ، وهو ما تضره القسمة كاللؤلؤة ، والعقد من الحلي ، والكتاب الواحد ، والفرس، والحمام ، والدار الصغيرة التي لا تحتمل أن تقسم منها الحصة الموهوبة ويبقى كل قسم دارا صالحة للسكن ، ففي كل ذلك وأمثاله تصح هبـة الحصة الشائعة ، لانه عندما لا يمكن القبض الكامل في الهبة يكتفي بالقبض الناقص ، فيتسلم الموهوب لـه الحصة الموهوبـة في ضمن تسلمه للكل ، ويصبح شريكا في ملكية العين مع صاحب الحصة الاخرى .

ب ـ في الاجارة :

وأما الاجارة فقد منعها فقهاء الحنفية في الحصـة الشائعة اذا كـان الشيوع **مقارنا لعقدها** ، كما لو آجر أحد نصفا فقط من عقار ، أو من دابة، أو من ثوب ، أو نحو ذلك .

فلو لم يكن الشيوع مقارنا لعقدها **بل طرأ طروءا** ، كما لو آجر أحد الشريكين جميـع العقار المشترك أصالة عن نفسه وفضـولا عن شريكه ، فرفض الشريك العقد ولـم يجزه في حصتـه ، فان الاجارة تبقى صحيحة ←

١٢٨ ـ الخاصة السادسة :

ان الملكية الشائعة في الديون المشتركة ، وهي متعلقة بالذمم ، لا تقبل القسمة ٠

أ ـ فاذا قبضت تلك الديون المشتركة تعلقت الملكية عندئذ بعين المقبوض ، فأصبحت ملكية عين لا دين ؛ فيقسم المقبوض بين أصحاب الحصص الشائعة فيه كما تقسم سائر الاعيان المشتركة القابلة للقسمة ٠

وعلى هذا لو استوفى أحد شركاء الدين المشترك ما يعادل حصته من الدين لا يختص هو بالمقبوض ، بل يكون لشركائه في الدين أن يقاسموه ما قبض ، فيأخذ كل منهم حصته منه ؛ اذ لو ساغ أن يستقل الواحد منهم بقبض حصته لوجب أن يعتبر الدين قد اقتسم وهو في الذمة ، وتميزت فيه حصص الدائنين ، فلا يكون عندئذ مشتركا ، بينما هو مشترك ٠

←

في حصة الشريك العاقد ؛ اذ من المقرر أنه « يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء » ٠

هذا ما يقرره فقهاء الحنفية في هذا الشأن ٠

لكن لا يخفى على المتامل أن هذه الاستثناآت الفقهية المانعة من صحة التصرف في الحصة الشائعة بالرهن والهبة والاجارة ليست وجيهة متينة العلة في غير الرهن ٠

فان الهبة والاجارة لا يظهر مانع من صحتهما في المشاع وحلول الموهوب له أو المستأجر محل الواهب أو المؤجر في ملك الحصة الشائعة أو منفعتها ، بدليل أن فقهاءنا انفسهم قد تسامحوا بذلك فيما لا يحتمل القسمة بالنسبة الى الهبة ، وفي الشيوع الطارىء بالنسبة الى الاجارة ٠

على أن الاحكام القانونية النافذة لدينا اليوم تقتضي صحة هبة الحصة الشائعة واجارتها في العقار وفي المنقول مطلقا بلا تفصيل ؛ كما أن قوانين الايجار المتعاقبة لدينا تسوغ اجارة الحصة الشائعة من العقار ٠

حتى لو ابتاع أحد الدائنين في الدين المشترك شيئا من المدين بحصته من الدين فجعلها ثمنا للمبيع ، يعتبر كما لو قبض من الدين المشترك ذلك القدر الذي اعتبر ثمنا • فالشريك الآخر في الدين عندئذ مخير : فان شاء استوفى من رفيقه حصته من جزء الدين الذي اعتبر ثمنا للمبيع ؛ وان شاء ترك المبيع لرفيقه المشتري ، ويلاحق المدين بحصته وهي الباقي من أصل الدين •

ولو تعذر عليه تحصيل باقي الدين من المدين بافلاس ونحوه يبقى له حق الرجوع على رفيقه بحصته من ثمن المبيع • ولا يكون عدم اجازته قبلا بمانع له من هذا الرجوع •

وليس له أن يختار مشاركة رفيقه في عين المبيع الذي اشتراه الا برضاه ، بخلاف ما لو قبض رفيقه جانبا من نفس الدين وجنسه فان للآخر أن يشاركه في المقبوض (ر : المجلة /١٠٣/ وما بعدها)[1] •

---

(١) في هذا الموضوع يفترق حكم الشراء عن الصلح ، وان كان من المقرر فقهاً **أن الصلح عن مال بمال يعتبر بمثابة البيع والشراء** •

فلو صالح أحد الشريكين المدين عن حصته من الدين المشترك على شيء من غير جنس الدين وقبضه منه صلحا لا شراء فان الخيار له عندئذ في أن يشرك معه رفيقه في عين الشيء المصالح عليه أو أن يدفع اليه حصته من مبلغ الدين المصالح عنه ، الا أن يشاء رفيقه ترك الشيء لشريكه المصالح وملاحقة المدين بحصته من الدين •

وذلك لان الصلح مبني على التسامح والحط من أصل الحق ، بخلاف البيع فانه مبني على المماكسة والتعادل •

فالعين المصالح عليها تكون في العادة قيمة من الحق المصالح عنه ، فلو ألزم الشريك المصالح بأن يدفع الى رفيقه حصته من مبلغ الدين المصالح عنه لتضرر الشريك المصالح (ر : المجلة / ١١٠٥ ـ ١١٠٦ / وشروحها للاستاذ الباز وغيره) •

ب ـ أما الديون غير المشتركة فان كل دين منها يكون مسد تعلقه بالذمة متميزا مستقلا عن غيره ، فكل دائن يستقل بما يقبضه من المدين عن دينه ولا علاقة لغيره من الدائنين به الا اذا حكم بافلاس المدين أو مات مفلسا فان أمواله تقسم بين غرمائه بنسبة ديونهم ، فيأخذ كل منهم نصف دينه مثلا أو ربعه أو أقل أو أكثر على حسب المال الموجود • وليس لاحد أن يأخذ أكثر من غيره نسبة ؛ وهذا ما يسمى عندئذ : **قسمة الغرماء** •

وقد بينا في الفقرة /١١٥/ متى يعتبر مشتركا ومتى يعتبر مستقلا غير مشترك ، فلينظر هناك •

→

وهذا كما ترى من الفروق التي تتجلى فيها دقائق الانظار الفقهية في رعاية **العرف والمبادىء النظرية معاً** ، ثم وزن فروع الاحكام على أساس ذلك بقسطاس العدل والانصاف وفكرة التوازن التي تتراءى في سائر مباني الفقه الاسلامي •

الفصل الرابع

الفرق بين التمليك والاباحة

وبين ملك المنفعة وحق الانتفاع

أ ـ الفرق بين التمليك والاباحة

١٢٩ ـ يفرق الفقهاء بين حكم التمليك والاباحة :

فالاباحة هي الاذن باستهلاك الشيء أو باستعماله ؛ وهي لا تجعله مملوكا ، بل هي دون التمليك .

فلو أباح انسان لآخر أن يأكل من طعامه أو من ثمرة بستانه لا يملك المباح له شيئا من الطعام أو الثمرة ، ولا يحق له أن يبيع ولا أن يبيح لغيره ، وانما يحق له أن يأكل فقط ، اذ لا يملك التمليك أو الاباحة الا المالك ، والمباح له ليس بمالك .

وكذلك لو أباح انسان لآخر استعمال ما يشاء من أدواته أو ملابسه ، فللمباح له أن يستعمل دون أن يعير أو يبيح لغيره .

وبهذا يعلم أن مجرد الاباحة من مالك لغيره ليست بهبة ولا اعارة ، وانما هي ترخيص واذن (ر : المجلة/١٣٩) .

غير انه اذا قامت الدلائل على أن المراد بها الهبة أو الاعارة ، فعندئذ

تنعقد سببا لتمليك العين أو المنفعة ؛ كمن استهدى من آخر شيئا ، أو طلب اعارته فأجابه بقوله ، أبحته لك فخذه ، فان الاباحة قد عبر بها عندئذ عن معنى الهبة أو الاعارة مجازا ؛ ومن القواعد المقررة أن « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للالفاظ والمباني » .

ويتضح من ذلك مع ما سبق بيانه في احراز المباحات من أسباب الملكية أن للفظ « **المبـاح** » معنيين في الاصطلاح **الفقهي** :

١ ــ فبالمعنى الاول يطلق المباح على كل ما لم يدخل في ملك خاص ولا مانع من تملكه شرعا ، كحيوان الصيد ، وحطب البوادي ، وتلك هي : **المباحـات العامة** . ومصدر اباحتها الشرع الذي سـوغ للناس عامة أن يمتلكوها بالاحراز المستوفي لشرائطه الشرعية ، كما تقدم . ومتى امتلكوها ساغ لهم أن يتصرفوا فيها تصرف الملاك بكل وجه .

٢ ــ وبالمعنى الثاني يطلق المبـاح عـلى الشيء المملوك ملكا خاصـا اذا أباحـه مـالكه لشخص أن يستهلكه أو يستعملـه ، وذلـك هـو **المبـاح الخاص** الذي مصدر اباحته مالكه . واباحته بهذا المعنى لا تعني تملكه كما أوضحناه آنفا .

ب ــ الفرق بين ملك المنفعة ، وحق الانتفاع

١٣٠ ــ وهذا التفريق بين التمليك والاباحة يؤدي الى فرق آخر يذكره الفقهاء بين « ملك المنفعة » و « حق الانتفاع » .

ان علماء القانون لا يفرقون بين ملك المنفعه وحق الانتفاع ، فهمـا

في اصطلاحهم بمعنى واحد •

ولكن فقهاء المذاهب في الشريعة الاسلامية يفرقون بينهما ، وتدل نصوصهم على أن بينهما فروقا من **ثلاث نواح** : (١) من حيث المعنى وحدوده (٢) ومن حيث المنشأ (٣) ومن حيث الأثر :

ا ـ فمن حيث المعنى : يفترق ملك المنفعة عن حق الانتفاع بأن ملك المنفعة فيه ذلك الاختصاص الحاجز الذي بيناه في تعريف الملك ؛ كحق المستأجر في منافع المأجور ، وحق الموقوف عليه في منافع الوقف ، ففي كل ذلك معنى الملكية وقوتها •

أما حق الانتفاع المجرد فهو من قبيل الرخصة بالانتفاع الشخصي دون الامتلاك ؛ كحق الجلوس في الاسواق والمساجد ، واستعمال الطرق والانهار فيما لا يضر العامة ، والمبيت في المضافات ، ودخول الاماكن التي يأذن أصحابها بدخولها ، وبتناول ما يسمحون بتناوله منها ، ونحو ذلك •

فملك المنفعة أقوى وأخص لان فيه حق انتفاع وزيادة •

ب ـ ومن حيث المنشأ : يفترقان بأن ملك المنفعة انما ينشأ عن عقد مملك •

فهذا الملك يكون بأحد عقود أربعة ، هي : **الاجارة ، والاعارة والوصية بالمنفعة ، والوقف** ، كما تقدم في تقسيم الملك (ر : ف/١١٢) •

أما حق الانتفاع المجرد فو أعم سببا ، اذ يثبت ضمن ملك المنفعة بهذه العقود المملكة ، ويثبت أيضا بسببين آخرين لا يوجبان الملك ، وهما :

١ ـ كون الاشياء المنتفع بها مخصصة لانتفاع الناس كافة أو لفريق منهم دون أن يملكها أحدهم خاصة ، كالانهر والطرق غير المملوكة ، والمصحات المخصصة للمرضى ، والمدارس المخصصة لطلاب العلم .

فما يتعلق بهذه الاشياء من الحقوق انما هو من قبيل حق الانتفاع لا ملك المنفعة .

٢ ـ اباحة المنفعة من مالك خاص ، وقد سلف بيانها ، بأنها تعطي رخصة واذنا ولا توجب ملكا .

وقد قدمنا آنفا أن الاباحة قد ترد على استهلاك عين كاباحة الطعام والشراب ، وقد ترد على استعمالها والانتفاع بها فقط (ر : ف/١٢٩) .

فالصورة الثانية التي تباح فيها منافع الشيء لا عينه هي التي ينشأ عنها مجرد حق انتفاع .

ج ـ ومن حيث الاثر : يفترقان أيضا بأن ملك المنفعة يسوغ لصاحبه أن يتصرف في المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم ضمن حدود العقد الذي ملكه اياها ؛ فيحق له تمليك المنفعة التي استفاد ملكيتها .

وعلى هذا قرر فقهاؤنا أن للمستأجر أن يؤجر المأجور من غيره وأن يعيره ، وكذا للمستعير أن يعير غيره شرعا[١] الا اذا كان الشيء

---

(١) هذا الحكم معدل بقوانين الايجار لدينا بالنسبة الى العقار فان قوانين ايجار العقار المتتالية كلها تمنع المستأجر من أن يؤجر لغيره الا باذن من المؤجر وفي ذلك مصلحة ظاهرة .

مما يتأثر باختلاف المستعملين كالدواب والثياب فلا يجوز فيها ذلك •

ولكن ليس للمستعير أن يؤجر العارية مطلقا ؛ وذلك لان الاعارة عقد غير لازم فللمعير أن يرجع عنه ويسترد العارية متى شاء • أما الاجارة فعقد لازم ؛ فلو جاز للمستعير أن يؤجر العارية لامتنع على المعير الرجوع ، وهو حق مشروع له •

(ر : المجلة/٥٨٦ و ٥٨٧ و ٨١٩ و ٨٢٣) •

أما صاحب حق الانتفاع فليس له الا أن ينتفع بنفسه دون أن يؤجر أو يعير أو يبيح لغيره[1] •

والقرافي المالكي في كتابه « الفروق » قد سمى هذا الحق : « **تمليك الانتفاع** » وفرق بينه وبين « **تمليك المنفعة** » بأن تمليك الانتفاع يقتصر على الاذن للشخص في أن ينتفع بنفسه فقط ، فليس له تمليك غيره كما أوضحناه •

وعلى هذا يعتبرون وقف العقار لاجل سكنى الموقوف عليهم من قبيل تمليك الانتفاع فقط ، فيسكنون بأنفسهم ولا يحق لهم أن يؤجروه ويستغلوه •

أما وقفه للاستغلال والسكنى جميعا فانه من قبل تمليك المنفعة لا مجرد الانتفاع •

---

(١) ر : كتاب « **الفروق** » للقرافي المالكي ، في الفقرة /٣٠/ ، وكتاب « **الملكية ونظرية العقد** » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، ف/٢٢-٢٣/ ، وكتاب « **الحق والذمة** » للاستاذ الشيخ محمد علي الخفيف ، الطبعة الاولى ص /٧٥/ •

الباب الثاني

نظريـة العقـود

في الفقـه الاسـلامي

الفصل الأول

معلومات تمهيدية عامـة

الفرع الأول

معلومات عن العقـد

العقد والتصرف ـ أنواع التصرف ـ تعريف العقد ـ تحليل التعريف الفقهي وايضاحه ـ موازنة بين التعريفين الفقهي والقانوني ـ لمحة تاريخية عن العقد .

١٣١ ـ العقد ضرب من تصرفات الانسان .

والتصرف بالمعنى الفقهي هـو كل ما يصـدر عن شخص بارادته ، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية .

وهو نوعان : **فعلي وقولي** :

ـ فالتصرف الفعلي هو ما كان قوامه عملا غير لساني ؛ كاحراز المباحات ، والغصب ، والاتلاف ، واستلام المبيع ، وقبض الدين ، وما أشبه ذلك •

ـ والتصرف القولي نوعان : **عقدي ، وغير عقدي** •

فالتصرف القولي العقدي ، هو الذي يتكون من قولين من جانبين يرتبطان ، أي ما يكون فيه اتفاق ارادتين كما سيأتي بيانه ، وذلك كالبيع ، والشراء ، والاجارة ، والشركة ، وما أشبهها •

وأما التصرف القولي غير العقدي فتحته نوعان :

١ ـ نوع يتضمن ارادة انشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على انشاء حق أو انهائه أو اسقاطه ، كالوقف والطلاق والاعتاق والابراء والتنازل عن حق الشفعة •

وهذا النوع قد يسمى « **عقدا** » أيضا في اصطلاح فريق من فقهاء المذاهب لما فيه من العزيمة المنشئة أو المسقطة للحقوق ، فهي في نظرهم عقود وحيدة الطرف كالعقود ذات الطرفين من حيث وجود الارادة المنشئة[1] •

٢ ـ ونوع لا يتضمن ارادة منصبة على انشاء الحقوق أو اسقاطها

---

(١) ان اصطلاح فقهاء الحنفية جار على تخصيص العقد بما كان فيه ارتباط جانبين كما يشعر به تعريف العقد الآتي بيانه قريبا •

على أنهم قد يسمون « **الوقف** » عقدا في كثير من عباراتهم على سبيل التوسع في الاستعمال •

لكنه أقـوال من أصناف أخرى تترتب عليهـا نتائج حقوقية • وذلـك كالدعوى فانها طلب حق أمـام القضـاء ، وكالاقرار والانكار والحلف عـلى نفي دعوى الخصم ، فانها أخبار تترتب عليـه مؤاخذات وأحكام قضائية مدنية •

وهذا النوع تصرف قولي محض ليس فيه أي شبه عقدي[1] •

---

(١) يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة :

« ان للفقهاء في معنى العقد نظرين : .

١ ـ فمنهم من يخص العقد بما يتكون من ارتباط كلامين من جانبين، كالبيع والاجارة ، والشركة الخ •••

٢ ـ ومنهم من يتوسع في معناه فيطلقه على كل ما يعقد الشخص العزم عليه ولو كان ينعقد بكلام طرف واحد ـ أي بالارادة المنفردة ـ ، كالطلاق والاعتاق والابراء » •

ثم يقول : « **ان العقد** » بهذا الاعتبار الثاني ، أي بالمعنى الواسع ـ يكون مرادفا للفظ « **التصرف** » لان التصرف الشرعي هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القوليـة ، ويرتب عليـه الشـارع أثراً شـرعيا في المستقبل » ا هـ •

(ر : الملكية ونظرية العقد ، ف/١٠١ ـ ١٠٢) •

هذا ما يراه الاستاذ أبو زهرة حفظه الله ، ولكننا نرى أن التصرف أعم من العقد مطلقا حتى بمعناه الواسع الشامل لعقود الارادة المنفردة : وذلك:

١ ـ لان التصرف لا يختص بالاقوال ، بل يشمل الافعال ، وينقسم الى قولي وفعلي • والفقهاء في باب مرور الزمان وغيره يطلقون التصرف على ما يشمل عمل الانسان في ملكه سواء أكان بعقد يجريه عليه أو **بالانتفاع المباشر فيه** استعمالا وهدما وبناء الخ ••• (ر : المجلة/ ١٦٦٠ ـ ١٦٦١ / وتنقيح الفتاوى الحامدية ج٢ ص/ ٣ ـ ٤) •

٢ ـ ولان التصرف القولي نفسه يشمل أقوالا لا تدخل في مفهوم العقد ولو بمعناه الواسع ، كالدعوى ، والاقرار ، فكل ذلك تصرفات قولية تترتب عليها أحكام ، وهي لا تعد عقودا بوجه من الوجوه ، كما أوضحناه •

فالمناسب ما بيناه من أن « **التصرف** » أعم من « **العقد** » عموما مطلقا •

هـذا ، وان العبرة في تمييز التصرف القولي عـن الفعلي انما هي لطبيعة التصرف وصورته لا لمبناه الذي بني عليه . فلذا كان دفـع الثمن وتسلم المبيع تصرفا فعليا ولو انه مبني على عقد البيع .

وهكذا سائر صور التنفيذ الفعلي للعقود .

فمما تقدم يتضح أن « **التصرف** » أعم من « **العقد** » مطلقا ، لان العقد من بعض أنواع التصرف ، اذ هو تصرف قولي مخصوص .

ومن المقرر في القواعد المنطقية أن الاخص يستلزم دائما معنى الاعم، ولا عكس . فكل عقد هو تصرف ، وليس كل تصرف عقدا .

وهـذا ما يسمونه : « العموم والخصوص المطلق » بين الشـيئين في علاقة أحدهما بالآخر ونسبته اليه .

١٣٢ – تعريف العقـد :

العقد في أصل اللغة : الربط ، وهو جمع طرفي حبلين ونحوهما ، وشد أحدهما بالآخر ، حتى يتصلا فيصبحا كقطعة واحدة . والعقدة هي الموصل الذي يمسكهما ويوثقهما .

ومنه انتقلوا الى اطلاق « العقد » على اليمين ، والعهد ، وعلى الاتفاق في المبادلات ، كالبيع ونحوه (ر : المصباح المنير) .

والعقد في اصطلاح الفقهاء الشرعيين كما عرفته المجلة (م / ١٠٣ – ١٠٤) هـو :

ارتباط ايجاب بقبول على وجـه مشـروع يثبت اثره في محله .

وفي عـرف الحقوقيين بالاصطلاح القانوني كمـا سـبق بيانـه (ف/١٠٤) هو :

اتفاق ارادتين على انشاء حق ، او على نقله ، او على انهائه •

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري /ف/٧٧ ـ ٨٠) •

والمقصود بالتعريفين الفقهي والقانوني متقارب ، غـير أن التعريف الاول الفقهي أحكـم منطقا وأدق تصـورا ، والثـاني القانوني أوضـح تصويرا وتعبيرا •

وقد تقدم ايضاح التعريف القانوني فيما سبق (ف/١٠٤) •
أما التعريف الفقهي فاليك ايضاحه فيما يلي :

١٣٣ ـ تحليل التعريف الفقهي وايضاحه :

ان العقد هـو من قبيـل الارتباط الاعتباري في نظر الشـرع بين شخصـين نتيجة لاتفاق ارادتيهما • وهاتـان الارادتان خفيتان • فطريـق اظهارهما التعبير عنهما ، وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين • ويسمى هذا التعبير المتقابل : **ايجابا وقبولا** •

فالايجاب هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين ، معبرا عن جزم ارادته في انشاء العقد ، أيا كان هو البادىء منهما •

وأما القبول فهو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الايجاب ، معبرا عن موافقته عليه •

فالبادىء بعبارته في بناء العقد دائما هو **الموجب** ؛ والآخر هـو

القابل سواء أكان البادىء مثلا في عقد البيع هو البائع بقوله : بعت ، أو هو المشتري بقوله : اشتريت ، أو كان البادىء في نحو الاجارة هو المؤجر بقوله : آجرت ، أو المستأجر بقوله : استأجرت . وهكذا في سائر العقود ... أول تعبير فيها عن الارادة العقدية من أحد الطرفين هو الايجاب ، وثانيهما من الطرف الآخر هو القبول (ر : المجلة/١٦٩) .

فمتى حصل الايجاب والقبول بشرائطهما الشرعية اعتبر بينهما ارتباط هو في الحقيقة ارتباط بين الشخصين بموضوع العقد . (وموضوع العقد هو الاثر المقصود منه الذي شرع العقد لاجله) ، أي حكمه الشرعي. فيصبح كل منهما ملزما بالحقوق التي التزمها بمقتضى عقده تجاه الطرف الآخر .

فالايجاب والقبول في عقد البيع ، وهما لفظا : « **بعت واشتريت** » أو ما بمعناهما ، اذا صدر كل منهما من عاقد ذي أهلية شرعية لعقد البيع يرتبطان في نظر الشرع ارتباطا يثبت له أثر في محل العقد وهو الاموال التي يقصد المتعاقدان تبادل الحقوق فيها ، وذلك الاثر هو انتقال ملكية المال المبيع الى المشتري ، واستحقاق البائع الثمن .

وعقد الرهن يثبت به أثر كنتيجة لارتباط ايجابه بقبوله هو حق للدائن المرتهن في احتباس المال المرهون حتى وفاء الدين ، كما يثبت عليه التزام بحفظه وصيانته مثلما يصون أمواله ، حتى يفك الرهن أو يباع المرهون لوفاء الدين .

فالمال المرهون هو محل العقد ، وحق الاحتباس موضوع العقد ، وهو الغاية النوعية التي تميزه عن غيره من أنواع العقود . ثم بعد الانعقاد تثبت هذه الغاية فتكون حكما شرعيا للعقد الواقع ، أي أثرا

أصليا يرتبه الشرع ويثبته على ذلك المال المرهون كنتيجة لعقد الرهن •

وهكذا يقال في كل عقد[1] •

١٣٤ ـ موازنة بين التعريفين الفقهي والقانوني :

فالعقد في نظر فقهائنا ليس هو اتفاق الارادتين نفسه ، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلا بهذا الاتفاق ، اذ قد يحصل الاتفاق بين الارادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعا للانعقاد ، فلا يعتبر اذ ذاك انعقاد رغم اتفاق الارادتين ، وهي حالة بطلان العقد في نظر الشرع والقانون •

فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره التشريع لغوا من الكلام لا ارتباط فيه ولا ينتج نتيجة • ذلك لان هذا التعريف القانوني انما يعرف العقد بواقعته المادية ، وهي اتفاق الارادتين • أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعته الشرعية ، وهي الارتباط الاعتباري • وهذا هو الاصح ، لان العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي الذي عليه المعول في النظر الحقوقي •

وهذا التعريف الفقهي أيضا قد امتاز في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الاداة العنصرية المكونة للعقد • أي الاجزاء التي يتركب منها

---

(١) يقول صاحب الدرر :

« المراد بالعقد ارتباط أجزاء التصرف الشرعي • مثلا اذا قيل « **زوجت ، وتزوجت** » وجد معنى شرعي **هو النكاح** يترتب عليه حكم شرعي هو **ملك المتعة** • وكذا قيل **بعت واشتريت** ، وجد معنى شرعي هو البيع يترتب عليه حكم شرعي هو ملك اليمين » •

(ر : الدرر : شرح الغرر ، أول كتاب النكاح ١/٣٢٦) •

في نظر التشريع ، وهي الايجاب والقبول ، فاتفاق الارادتين في ذاته لا يعرف وجوده ، وانما الذي يكشف عنه هو الايجاب والقبول اللذان يعتبران عناصر العقد الظاهرة بما فيهما من اعراب عن تحرك كل من الارادتين نحو الاخرى وتلاقيهما وفاقا • فهذا التحرك والتلاقي هو المعول عليه في معنى الانعقاد ؛ اذ قد تكون ارادتان متفقتين على التعاقد ، ولا تتحرك احداهما نحو الاخرى فلا يكون عقد ، كما في حالة الوعد ببيع أو برهن أو بقرض مثلا • فالتعريف القانوني يشمل الوعد أيضا لوجود اتفاق الارادتين فيه مع أنه ليس بعقد •

فالتعريف القانوني غير مانع[1] • فلذا قلنا ان تعريف فقهائنا للعقد أدق تصورا وأحكم منطقا ، وان كان التعريف القانوني أوضح تصويرا وأسهل فهما في طريق التعليم •

١٣٥ ـ لمحة تاريخية عن العقد :

أصل العقد عرفه البشر من أقدم العصور • وقد يأتي بعد احراز المباحات قدما في أسباب التملك •

---

(١) التعريف يجب أن يكون جامعا مانعا •

ومعنى كونه جامعا ان يشمل جميع أفراد الشيء المعرف فلا يخرج عنه ما يجب أن يتناوله •

ومعنى كونه مانعا أن تكون قيوده وحدوده مميزة للشيء المعرف عن غيره تمييزا تاما ، يخرج عنه كل ما ليس من أفراده •

فاذا لم يشمل التعريف بعض أفراد المعرف كان غير جامع ؛ كتعريف المدرسة مثلا بأنها : « **بيت تقيمه الحكومة للتعليم** » ، فانه لا يشمل غير المدارس الحكومية •

واذا كان يشمل غير أفراده كان غير مانع ؛ كتعريف المدرسة بأنها « **بيت العلم** » ، فانه يدخل فيه دار الكتب والمطالعة •

واذا كان يخرج بعض أفراده ويدخل غيرها كان غير جامع ولا مانع وكل ذلك خلل في التعاريف •

ومنشأ العقد وفكرته بين البشر هو من الماضي المجهول • فلا يعرف بعد كيف نشأت في البشر فكرة التعاقد على الالتزامات ، وعن أي العوامل تولدت الا على سبيل الظن والتخمين استنتاجا من سنة النشوء والارتقاء في الحياة الاجتماعية وادراك نظمها •

ويرى بعض العلماء الباحثين في ذلك من الاجانب أن أول ما عرف البشر من التعامل هو التبادل الفوري • فعند الاحتياج كان الانسان يعطي ، ويأخذ بقدر ما يعطي • أما التعاقد عـــلى الالتزامات التي يكون الانسان مسؤولا بتنفيذها في المستقبل فلم يكن معروفا في تلك العهود الاولى ، ثم تولد ذلك عن طريق فكرة ديــة القتلى • فقد كان الاعتداء يوجب الثأر الفعلي بالحرب بين الاسرتين • ثم عرف أخـذ الدية مكان الثأر ، وقـد لا يجدها لديه المعتدي ، فيستمهل لجمعها من أسرته أو قبيلته ، ويضـع في مقابلها رهينة الى أجل •

وعلى هذا يكون الاصل التاريخي للتعاقد الالتزامي هو الاتفاق الذي يتم على اعطاء مهلة في دفع الدية •

ويرى آخرون أن أصل العقد هــو اتفاق الخصمين عـلى التحكيم بينهما • ولكن على كل تقدير قد كان للاديان أعظم الاثر في ظهور التعاقد واحترام الالتزامات •

(ر : « نظرية العقد » للاستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري في بحث سلطان الارادة ، ف/٨٩) •

والعقد من أهم الظواهر المدنية ومقاييس حرمة الارادة وحريتها •

وقد اعترت العقد أطوار مختلفة في تاريخ التشريع من حيث الشكلية ، والحرية ، وقوة الاعتبار •

وكلما تحرر العقد من قيود الشكلية فيما لا تتعلق به مصلحة عامة كان أقرب نسبا الى الرقي الانساني والحضارة الكاملة •

وقد كان العقد لدى بعض الامم قبل الاسلام مطوقا ومثقلا بالشكليات :

أ ـ ففي التشريع الروماني القديم كان لانواع العقود من بيع ونكاح وغيرهما مراسم وأشكال لا تعتبر العقود اذا لم تمر بها •

فمن ذلك الطريقة المعروفة في البيع عند الرومانيين باسم « مانسيباسيو Mancipatio » وقد يسمونها أيضا طريقة « النحاس والميزان » لانهم يوجبون فيها حمل الميزان والضرب بالنقد النحاسي عليه • وكان يشترط لديهم في البيع حضور المبيع ، مجلس البيع ، فلم يكن قابلا للبيع الا الاموال المنقولة •

ولما سوغوا بيع الاراضي كان لا بد في عقد « المانسيباسيو » في أول الامر من احضار جزء من تراب الارض رمزا الى حضورها في مجلس العقد كالمنقولات •

فكانت العقود لديهم خاضعة لصور من الشكلية المادية الابتدائية[1] •

---

(١) انظر الحقوق الرومانية « Droit romain » لكل من الاستاذين « مونيه » و « جيفار » الفرنسيين •

ويقول الاستاذ الدكتور محسن البرازي في كتابه « الحقوق الرومانية » ج٢ ص /١٥٤/ :

« ان المراسم والاشكال ركن أساسي في الحقوق الرومانية التي تمتاز بهذا الطابع • ولئن صارت فيها بعض العقود تتم بالتراضي كالبيع والاجارة والشركة فما ذلك الا للضرورة على أثر اتساع الحياة الاقتصادية وكاستثناء من القاعدة » •

ب ـ وفي جاهلية العرب كانت بيوع تطغى فيها الشكلية على حرية أحد العاقدين وارادته ، كبيع الملامسة ، والمنابذة ، والقاء الحجر ، فقد تعورف فيها ان المشتري اذا لمس المبيع ، أو ألقى عليه حجرا ، أو نبذه اليه البائع فقد لزم العقد .

١٣٦ ـ وقد نهى النبي عليه السلام عن هذه البيوع ، وجاء التشريع الاسلامي على يديه باطلاق العقود من القيود السخيفة واخضاعها لمجرد الايجاب والقبول الصادرين بالتراضي والاهلية ، واعتبر فيها هذا التراضي هو الملزم دون الاشكال والمراسم .

حتى لقد اعتد الفقه الاسلامي بما يغني عن الايجاب والقبول في الدلالة على توافق الارادتين ، ذلك التوافق الذي هو الاصل في اعتبار العقود ، فسوغ التعاطي[1] في البيع ونحوه ، واعتبر به العقد منعقدا في خسيس الاموال ونفيسها كما سيأتي . ولم يفرق في البيع بين المنقول والعقار ، ولا بين حضور المبيع وغيابه .

والتشريع الاسلامي لم يتقيد بشيء من الشكليات التي لا دخل لها في تحقق معنى العقد بين طرفيه الا اذا كان لها مساس بالغاية المقصودة من العقد ، كاشتراط القبض في عقد التبرع والرهن ، أو اذا كانت تتوقف عليها مصلحة ذات بال ، كاشتراط الشهود لصحة عقد النكاح[2] .

---

(١) بيع التعاطي يكون بقبض المبيع بعد معرفة الثمن ، كما لو وجد انسان متاعا في حانوت مكتوبا عليه ثمنه ، او كان معروف الثمن ، فأخذه وناول البائع ثمنه ، فقبضه منه راضيا دون ايجاب وقبول باللفظ ، فان البيع ينبرم بينهما بذلك (ر : ف/١٥٩ ـ ١٦٠) .

(٢) الحكمة في اشتراط الشهود لصحة النكاح ان الاجتماع والمعاشرة ←

وقد صحح التشريع الاسلامي عقود الصغار المميزين والارقاء اذا أذن لهم الأولياء والموالي في التجارة •

وكذلك سوى بين الرجل والمرأة في حرية العقود واحترام الارادة في تصرفات الارادة ، من معاوضات ، وتبرعات ، والتزامات ، ونكاح •

ولا يعرف تشريع سبق التشريع الاسلامي في مضمار تحرير العقود من قيود شكلياتها المثقلة •

الفرع الثاني

خمسة ألفاظ اصطلاحية يحتاج الى ايضاحها

بين يدي نظرية العقد

الركن ـ السبب ـ العلة ـ الشرط ـ المانع •

١٣٧ ـ لكي يفهم تكوين العقد فهما دقيقا يتميز فيه أثر كل

→

بين الرجل والمرأة يمكن أن يكونا على أساس مريب غريب غير مشروع لولا اعلان النكاح ومعرفته ؛ فلو صح عقده سرا كما في العقود المالية لما تميز **السفاح عن النكاح •**

وقال ابن تيمية رحمه الله في فتاواه :

« ان الامر الشرعي بلزوم الشهود والاعلان في عقد النكاح انما هو لتمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء المحصنات عن التشبه أو الاشتباه بالبغايا ، ولذا شرع في النكاح الاحتفال بضرب الدف والوليمة مما يوجب الشهرة » •

(فتاوى ابن تيمية ٣/ ٢٧٠ ـ ٢٧١ / باختصار) •

وسيأتي لذلك مزيد بسط وايضاح (ر : ف/١٦٠) •

من العناصر التي يتوقف تكوينه وانشاؤه عليها يحسن أن نمهد بايضاح لبعض الفاظ اصطلاحية في أصول الفقه يحتاج الى معرفتها وتمييز مفاهيمها العلمية هنا وفي كثير من المباحث المستقبلة •

وهذه الالفاظ هي : **الركن ، والسبب ، والعلة ، والشرط ، والمانع** •

١٣٨ ـ ا ـ الركن :

فركن الشيء في اللغة هـو الجانب القوي الذي يمسكه ؛ كأركان البيت ، وهي زواياه التي تمسك بناءه •

والركن في اصطلاح الفقهاء والاصوليين هو :

ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته

(ر : المصباح المنير ، وتعريفات السيد الجرجاني) •

ـ فمثلا ركن القياس الذي يبنى عليه هو الاتحاد أو الشبه في علة الحكم بين المقيس عليه والمقيس ، لان القياس يقوم بهذا الشبه كقيام البيت بأركانه الاربعة ، واذا فقد هدا الشبه لم يبق الامر قياسيا ، بل هو اثبات حكم مبتدأ للحادثة الجديدة •

(ر : الكشف شرح أصول البزدوي أول باب ركن القياس ٣/٣٤٤) •

ـ وركن العقد هو ما يعبر عن اتفاق الارادتين من ايجاب وقبول أو ما يقوم مقامهما كمـــا سنرى ، لانهما العنصران الذاتيان في ماهية العقد ومعناه ، فبارتباطهما الشرعي يقوم العقد ويتكون كما يتكون الماء من اتحاد عنصريه الكيمياويين : مولد الماء ، ومولد الحموضة •

وفي أمور العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركانا في الصلاة ، لان ماهيتها وحقيقتها انما تقوم بهذه الاعمال •

وعلى هذا لا يعتبر الفاعل ركنا في فعله بالمعنى الاصطلاحي للركن ، لان الفاعل ليس جزءا ذاتيا في معنى الفعل وماهيته ، وان كان لا بد لكل فعل من فاعل •

فالعاقد اذن لا يسمى ركنا في العقد • لكن بعض الفقهاء كالامام الغزالي يعد العاقد ركنا في العقد باعتبار أنه أحد جانبين أساسين في تكوينه • (ر : تعريفات السيد الجرجاني ، والمصباح المنير ، مادة : ركن)•

والشهاب القرافي من فقهاء المالكية أيضا قد عد في كتابه « الفروق » من أركان العقد : العرضين : والعاقدين (الفروق ، ج٢ ، الفرق/٧٠) •

وهذا تساهل في التسمية ، وان التحقيق ما قد بيناه • فالعاقدان والمحل المعقود عليه تعتبر من **مقومات العقد** ، ولكنها ليست أركانا بالمعنى الاصطلاحي للركن • فالمقومات أعم من الاركان لانها تشمل كل ما لا يمكن وجود العقد فعلا بدونه من ركن ، أو عاقد ، أو محل ، كما سنرى (ر : ف/١٤٥) •

١٣٩ ـ ب ـ السبب :

السبب في أصل اللغة الحبل الذي يتعلق به الانسان ويتشبث للارتقاء والانتقال • وسمي منهج الطريق سببا ، تشبيها بالحبل الممتد •

ومن ثم يطلق السبب أيضا على كل ما يتوصل به الى غيره ويفضي اليه • وعليه قوله تعالى : « **وآتيناه من كل شيء سببا** » أي عرفناه بالذرائع التي توصل الى النتائج في كل أمر (ر : «مفردات الراغب ») •

والسبب في اصطلاح الفقهاء والاصوليين هو :

كل حادث ربط به الشرع أمرا آخر وجودا وعدما ، وهو خارج عن ماهيته •

أي ان وجود السبب يستلزم وجود المسبب ، كما أن عدم السبب يستلزم عدم المسبب •

مثال ذلك في الامور المدنية والجزائية أن اتلاف مال الغير سبب لضمانه وتعويضه ؛ وأن القتل العمد العدواني سبب للقصاص ؛ وأن القرابة سبب للارث ، وان الشركة في العقار سبب لاستحقاق الشفعة في حصة الشريك الآخر اذا باعها • وكل عقد ينعقد أو تصرف يباشر هو سبب شرعي لحكمه وآثاره الحقوقية التي رتبها الشرع عليه •

ويلحظ أن السبب يشبه الركن من حيث ارتباط مسببه (بصيغة المفعول) به وجودا وعدما •

ولكنه يفترق عن الركن من حيث أن سبب الشيء أمر خارجي عنه وليس جزءا ذاتيا من ماهيته ؛ فان اتلاف مال الغير مثلا ليس جزءا من مفهوم الضمان والتعويض ، وكذا القرابة ليست جزءا من حقيقة الارث ، بل هما أمران منفصلان عن ماهية مسبباتهما • وهكذا كل سبب بالنسبة الى مسببه وهو حكمه الذي ربط به •

ومن علامة السبب أن يضاف اليه غالبا حكمه المسبب عنه ؛ كقولنا : التزامات العقد ، وضمان الاتلاف ، وعقوبة الجريمة ، وصلاة الصبح ، وصيام رمضان الخ ••• فالعقد ، والاتلاف ، والجريمة ، ودخول وقت الصبح ، وشهر رمضان هي أسباب لما أضيف اليها •

١٠٤ ـ ج ـ العلــة :

ـ أما العلة فانها نوع خاص من السبب ، فهي :

السبب الظاهر المناسبة الذي يبني عليه الشارع الحكم .

فالاسكار مثــلا علة في تحريم الخمر . والعدوان عــلى مال الغير بالاتلاف علة في تضمين المتلف . والعدوان عـلى النفس المعصومة علة في ايجاب القصاص . واضطرا بالفكر عند الغضب علة في نهي النبي عليه السلام عن أن يقضي القاضي وهو غضبان .

وقد تسمى العلة بهذا المعنى سببا أيضا .

ـ وقد تطلق العلة على معنى الحكمة التشريعية في الحكم المشروع ، أي عـلى المصالح والمفاسد التي تتعلق بهـا الاوامر والنواهي الشرعية ، فتكون بمعنى الغاية .

فالقمع والزجر وصيانة الانفس هي علل العقوبات بهذا المعنى .

(ر : الموافقات ج١ ص/٢٦٥) .

١٤١ ـ د ـ الشــرط :

ـ الشرط ، بفتح فسكون ؛ وجمعه شروط ، تدل مادتــه بمختلف صيغها وحركاتها في أصل اللغة على معنى العلامة الدالة المميزة .

ومنه قيــل : أشراط الساعة ، جمــع شرط (بفتحتين) للحوادث الدالة على قربها .

ومنه الشرطي واحد الشرطة (بالضم) لافراد السلطة المكلفة بضبط النظام والامن الداخلي ، لانهم يمتازون بعلامات في ألبستهم تميزهم عن سواهم •

والشريطة بمعنى الشرط ، وجمعها : شرائط (ر : المصباح ، ومفردات الراغب) •

ومنه أطلق الشرط لغة على ما يشترطه الانسان في عقوده والتراماته على نفسه أو غيره لانه كعلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام اضافية تخصه اتفق عليها الطرفان •

وقد عم هذا المعنى وشاع في اللغة واستمر ، وعليه يقع أشباه قولهم في المثل العربي المتقدم : « الشرط أملك ، عليك أم لك » (ر : ف/٨٤) •

ـ أما في اصطلاح الفقهاء والاصوليين ، فالشرط أو الشريطة هو :

كل أمر ربط به غيره عدما لا وجودا ، وهو خارج عن ماهيته •

أي أن عدم الشرط يستلزم الامر المشروط له • أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط •

ـ مثال ذلك أهلية العاقد ، فانها شريطة في كل عقد ، ففاقد هذه الاهلية كالمجنون مثلا لا ينعقد عقده •

وكذا قابلية المال المبيع للتمليك ، فانها شريطة لانعقاد البيع ، فاذا لم يكن المال المبيع قابلا للتمليك لا ينعقد البيع ، كما في المال الموقوف ، فان بيعه باطل لعدم قابليته للتمليك •

وكذا كون المبيع مقدور التسليم ، فلو باع حيوانا شاردا منه لايقدر على تسليمه فالبيع باطل (م/٢٠٩) .

ففقدان أحد الشروط قد اقتضى عدم انعقاد البيع شرعا ، لكن تحقق هذه الشروط في المال لا يوجب وجود البيع .

ـ وكل من هذه الشروط هو أمر خارجي عن معنى البيع فأهلية العاقد وقابلية المال ليسا أجزاء ذاتية في عملية العقد وماهيته ، لأن حقيقة العقد ايجاب وقبول ؛ وانما المال محل له ، والعاقد فاعل .

وبهذه الصفة الخارجية يتشابه الشرط والسبب ، ولكنهما يفترقان من حيث الارتباط بين الشرط ومشروطه انما هو العدم ، أما الارتباط بين السبب ومسببه فهو في الوجود وفي العدم .

ولذلك كان من المقرر أن السبب متى وجد وكان مستوفي الشرائط منتفي الموانع لابد أن ينتج الحكم المسبب عنه ؛ بخلاف الشرط فان وجوده لا يوجب وجود المشروط .

ـ والشروط بوجه عام انما هي مكملات للامور المشروطة لها في نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف ، بحيث ان عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الاحكام .

(ر : الموافقات للشاطبي ج١ ص/٢٦٢ ـ ٢٦٤) .

فالقدرة على تسليم المبيع مكملة لغاية البيع ، لأنه سبب للملكية وغاية الملكية الوصول الى الانتفاع ، فعدم امكان تسليم المبيع يخل بهذه الغاية المشروع لأجلها ، فلذا كانت هذه القدرة شرطا في البيع .

وهكذا نظر التشريع في كل الشرائط التي يشترطها بالنسبة الى مشروطاتها •

١٤٢ ـ والفقهاء يقسمون الشرط باعتبار مصدر شرطيته الى نوعين :

ـ شرط يفرضه الشرع ، فيجعل تحققه لازما لتحقق أمر آخر ربط به عدما ، بحيث اذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الامر ، وهذا ما تقدم بيانه وأمثلته في الفقرة السابقة •

ـ وشرط ينشئه الانسان بتصرفه وارادته ، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به ، بحيث انه اذا لم يتحقق ذلك الامر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات •

وذلك كما لو علق الانسان كفالته بأمر يلائمها فقال لشخص دائن : ان سافر مدينك فلان اليوم ، أو اذا لم يعد من سفره اليوم ، فأنا كفيل بدينك الذي لك عليه ، فان سفر المدين ، أو عدم عودته من سفره يصبح شرطا لثبوت الكفالة على القائل ، فلا يعتبر كفيلا ملتزما بأداء الدين ما لم يتحقق ذلك الشرط الذي شرطه للكفالة •

ومثله ما لو علق الرجل طلاق زوجته بفعل أو بعدم فعل ، فقال لها : ان فعلت كذا ، أو ان لم تفعلي كذا اليوم ، فانت طالق ، فان فعلها أو عدم فعلها يصبح تحققه شرطا لوقوع الطلاق ، فلا يقع هذا الطلاق المعلق ما لم يتحقق ذلك الشرط[١] •

---

(١) يلحظ بهذه المناسبة ان المادة /٩٠/ من قانون الاحوال الشخصية لدينا الصادر سنة ١٣٧٣ : ١٩٥٣ م قد قيدت صحة تعليق الطلاق على شرط وابطلت كل تعليق للطلاق اذا كان المقصود منه **مجرد الحث على** ←

ـ فالنوع الاول ، وهو الشرط الذي مصدره الشرع يسمى : **الشرط الشرعي**؛ وهو غرض بحثنا هنا •

ـ والنوع الثاني ، وهو الذي مصدره ارادة الشخص يسمى : **الشرط الجعلي** • وقد سمي « جعليا » لأن الامر الذي صار شرطا للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعا ، وانما جعله الشخص شرطا معلقا عليه في أمر كان فيه حق التنجيز والتعليق •

وهذا النوع من الشرط له شبه **بالسبب** من حيث ارتباط مشروطه به وجودا وعدما : ففي صورة تعليق الكفالة مثلا بسفر المدين نرى أنه ان لم يسافر لا تثبت الكفالة وان سافر ثبتت • ومثل ذلك يلحظ في كل شرط جعلي •

وهذا الشرط الجعلي لا يدخل في بحثنا هنا ، لأننا سنتكلم عليه مفصلين أحكامه وما يصح تعليقه بالشرط من التصرفات وما لا يصح في بحث سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي •

١٤٣ ـ (هـ) ـ المانع :

ـ والمانع هو في اللغة اسم فاعل من المنع ، ومعناه : كل ما يمنع سواه ويكون حائلا دونه •

ـ اما في اصطلاح الفقهاء والاصوليين فالمانع هو : **كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره** •

←

فعل أو المنع من فعل أو توكيد الاخبار • وبهذا التقييد المتفق مع ادلة واجتهادات شرعية زال كثير من المآسي العائلية الناشئة عن تعليق الطلاق بصورة غير مشروعة حمقا وجهلا من كثير من الرجال • (ر : ف/٨٣) •

وبذلك يكون المانع عكس الشرط ، فان الشرط كما رأينا آنفا يلزم من عدمه عدم غيره ، اما المانع فيلزم من وجوده عدم غيره .

وذلك كالعيب القديم في المبيع ، والدين على المورث المتوفي ، وقتل الوارث مورثه ، ومرور الزمان على الحق ، أي تقادمه :

فظهور عيب قديم في المبيع يجهله المشتري هو مانع شرعي من لزوم البيع في حق المشتري دفعا للضرر عنه ؛ فلا يصبح عقد البيع ملزما له ، بل يثبت له الخيار في فسخ البيع ورد المبيع المعيب لأن ظهور هذا العيب مخل بالتراضي الذي هو أساس العقود ، فيكون الزام المشتري بالمبيع معيبا يلحق به ضررا لا يقتضيه عقده ولم يرض به .

ووجود الدين على المورث المتوفي مانع شرعي من الارث فيما يعادل الدين من تركته .

وقتل الوارث لمورثه مانع شرعي يحرم به القاتل من الارث رغم قيام سبب الارث كاملا وهو القرابة ، لأنه لو ورث لكان منتفعا بطريق الجناية المحظورة ، وهذا ينافي الحكمة من ترتيب حكم الارث .

ومرور الزمان بحده الشرعي على الحق هو مانع من سماع الدعوى بذلك الحق أمام القضاء ، لأن اهمال صاحب الحق طلبه دون عذر مدة التقادم يورث في الحق شكا مانعا .

– ومن المقرر في حكم المانع أن السبب مع وجود المانع يبقى سببا صحيحا في ذاته ، وانما وجود المانع كالحائل دون ثبوت الحكم المسبب[1] .

★ (١) وذلك بخلاف السبب الذي لم يتحقق شرطه الشرعي، اذ لا تنعقد ←

ومن ثم وضعت القاعدة القائلة : **اذا زال المانع عاد الممنوع** (م/٢٤) •

وذلك كما لو ارتفع الحاجز القائم فانه يظهر ما وراءه •

ففي التقادم ، اذا أقر المدعى عليه بالحق المدعى به يزول الشك فينهدم التقادم ، فتسمع عندئذ دعوى المدعي التي كانت ممنوعة بمرور الزمان ، لزوال المانع •

وفي خيار العيب اذا زال العيب قبل أن يفسخ المشتري البيع ، كما لو تبين في الدابة المبيعة مرض فشفيت منه ، يصبح العقد لازما لزوال المانع من لزومه ، فيمتنع فسخه •

ـ ومن الواضح أنه ليس كل مانع قابلا للزوال • فقتل الوارث مورثه مثلا ، وهو من موانع الارث كما تقدم لا يمكن أن تزول فيه عن الوارث هذه المانعية ، لأنه ناشيء عن حادث وقع لا يمكن رفعه ؛ بخلاف الدين الذي على المورث المتوفي ، وهو كما رأينا مانع من الارث بمقدار الدين ، فانه اذا زال بابراء الدائن للمتوفى أو بوفاء الورثة للدين من أموالهم الخاصة يثبت لهم الارث في كامل التركة لزوال الدين المانع •

هذا عرض اجمالي موجز جدا لفكرة **الركن** ، **والسبب** ، **والعلة** ،

→

سببيته ما لم تتوافر شرائطه ، كعقد فاقد الاهلية ، فانه عقد باطل •

ومن هنا يظهر الفرق بين فقدان الشرط ، ووجود المانع•

واذا حدث عيب جديد في المبيع عند المشتري يكون مانعا له من حق رد المبيع على البائع للعيب القديم • فاذا زال العيب الجديد يعود اليه حق رد المبيع للعيب القديم القائم فيه ، لزوال المانع الحادث (م/٣٤٧) •

والشرط ، **والمانع** ، وهي مفاهيم أصولية ضرورية لأنها محطات قائمة في طول الطريق التشريعي والمباحث الفقهية ، والطالب محتاج الى الاعتماد عليها في جميع خطواته العلمية[1] •

اصطلاحنا في الفرق بين الشرائط والشروط

١٤٤ ـ رأينا في بحثنا عن الشرط أن الشرط والشريطة هما بمعنى واحد لغة • وهو الواقع أيضا في اصطلاح الفقهاء والاصوليين فالشروط والشرائط في لسانهم جميعا مترادفان على معنى واحد •

ـ غير أننا رجحنا في هذا الكتاب أن نصطلح على تخصيص لفظ « **الشرائط** » جمع « شريطة » بما يكون مصدره الشرع فيتوقف عليه وجود المشروط شرعا ، كأهلية العاقد لأجل انعقاد العقد ؛ وتخصيص لفظ « **الشروط** » جمع « شرط » بما يكون مصدره ارادة الشخص ؛ وهي الشروط الجعلية والالتزامية (ر : ف/١٤٢) ، كتعليق الكفالة والطلاق ، والقيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما •

وقد رجحنا هذا الاصطلاح للتمييز بين الشرائط الشرعية والشروط العقدية في التسمية لأنهما موضوعان متميزان في مفهومهما وآثارهما ، لأن الاول من ارادة الشارع ، والثاني من ارادة العاقد ؛ فأحدهما تشريع، والثاني تصرف ، فيجب أن يتميزا في التسمية •

---

(١) ترى مباحث هذه المفاهيم الاصولية موسعة مفصلة الانواع والاحكام والفوارق في مواطن شتى من امهات كتب اصول الفقه وقواعده ، كشرح **التحرير** للكمال بن الهمام ، والجزء الرابع من « **كشف الاسرار** » للشيخ عبد العزيز البخاري شرح أصول فخر الاسلام البزدوي وكلاهما حنفيان ؛ وفي الجزء الاول من « **الموافقات** » للشاطبي والجزء الاول من « **أنوار الفروق** » لشهاب الدين القرافي وكلاهما مالكيان •

وعلى هذا الاصطلاح سندرج في مستقبل مباحثنا .

١٤٤/٢ ـ بقي من المعلومات العامة بحث تصنيف العقود . وقد آثرنا ارجاءه الى الاخير ليسبقه من المعلومات ما يتوقف عليها حسن فهمه .

هذا ، وبعد ما تقدم من المعلومات التمهيدية العامة ننتقل الى المباحث الاساسية في نظرية العقد .

ان مباحث نظرية العقد العامة تنقسم الى ثلاثة فصول : (١) ـ تكوين العقد وما اليه (٢) ـ آثار العقد وما اليها (٣) ـ انحلال العقد .

وسنعالج فيما يلي هذه المباحث بهذا الترتيب :

الفصل الثاني

تكوين العقد ، وما اليه

الفرع الأول

قوام العقد[1]

مقومات العقد :

العاقدان ـ محل العقد ـ موضوع العقد ـ أركان العقد .

١٤٥ ـ ان العقد ، كما رأينا ، هو سبب من الاسباب

---

(١) قوام الشيء لغة ، بالفتح والكسر ، هو عماده الذي يقوم به وينتظم (المصباح المنير) .

وقد استحسنا استعماله هنا بمعنى « **المقومات الاساسية** » التي لايمكن ان يتصور وجود العقد دونها : سواء كانت ركنا بالمعنى الاصطلاحي، أي جزءا ذاتيا في عملية العقد ومعناه كالايجاب والقبول ، أو كانت من اللوازم العقلية الاخرى كالعاقدين والمحل .

وهذه المقومات هي غير الشرائط الشرعية في العقد لان الشرائط انما هي أوصاف تكميلية أوجبها الشارع في تلك المقومات الاساسية للعقد ، كأهلية خاصة في العاقد ، وقابلية خاصة في محل العقد ؛ فالشرائط الشرعية امور يمكن في الاصل أن يتصور وجود العقد دونها لولا ان ←

الشرعية تترتب عليه أحكام ، وهذا معنى قولنا ان العقد مصدر من مصادر الالتزام .

وهو ، كما ظهر من تعريفه ، عمل ارادي مشترك يقوم على التراضي، ويربط جانبين من الاشخاص بأحكامه الشرعية ، وهي الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد في موضوع معين .

فقوام العقد انما يكون بمقومات أربعة لابد من وجودها في كل عقد ، وهي :

- **العاقدان** ، ويسميان طرفي العقد .
- **ومحل العقد** ، ويسمى : المعقود عليه .
- **وموضوع العقد** .
- **والاركان** ، وهي العناصر الذاتية الانشائية التي يتكون منها العقد .

أ ـ العاقدان

١٤٦ ـ فأما العاقدان فقد يكون كل طرف منهما شخصا منفردا أو متعددا ، كما لو تخارج فريق من الورثة مع أحدهم ، أي تعاقدوا معه على أن يدفعوا اليه مبلغا معينا ويأخذوا حصته الارثية من التركة فيقتسموها بنسبة ما دفع كل منهم .

←

الشارع اشترط وجودها وجعل العقد متوقفا عليها لمقاصد تشريعية يلحظها ، بخلاف تلك العناصر التي سميناها « **مقومات** » كالعاقد والمحل المتعاقد عليه ، فانها لا يمكن تصور وجود العقد دونها .

وقد يكون العاقدان أصليين أو نائبين عن غيرهما في العقد كالوكيلين والوصيين ، وقد يكون احدهما أصيلا عن نفسه والآخر وكيلا عن غيره .

ب ـ محل العقد

١٤٧ ـ وأما محل العقد ، أو المعقود عليه ، فهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه ؛ وذلك كالمال المبيع في عقد البيع ، والموهوب في عقد الهبة ، والمرهون في عقد الرهن ، والدين المكفول به في عقد الكفالة ، والمتعة المشتركة في عقد النكاح ، وهكذا ...

ج ـ موضوع العقد

١٤٨ ـ واما موضوع العقد فالمراد به **غايته النوعية** ، أي المقصد الاصلي الذي شرع العقد لأجله .

وهذا الموضوع واحد ثابت غير مختلف في كل افراد النوع الواحد من العقود وانما يختلف باختلاف نوع العقد .

فالموضوع في كل عقد بيع انما هو نقل ملكية المبيع الى المشتري بعوض ؛ وفي كل هبة انما هو تمليك العين الموهوبة مجانا بلا عوض ؛ وفي كل عقد اجارة انما هو تمليك منافع المأجور بعوض ؛ وفي كل عقد اعارة انما هو تمليك المنافع بلا عوض ؛ وهكذا .

ولذا قلنا ان موضوع العقد هو **الغاية النوعية** فيه [١] .

---

(١) يلحظ في هذا المقام انه في بعض العقود قد يكون محل العقد ←

وبذلك تتميز الغاية النوعيـــة عن **الباعث** الذي هو غاية شخصيـة للعــاقد .

فان الباعث مثلا لبعض الناس على بيع شيء من ماله قـد يكون هو احتياجه الى الثمن ، أو كراهيته للمبيع ، أو رغبته في الربح ؛ وقد يكون الباعث لغيره على البيع هو رغبته في تهريب المال من وجه دائن أو وارث أو غير ذلك .

فالباعث قد يختلف باختلاف كل قاعدة ، أما الموضوع فانما يختلف باختلاف نوع العقد كما بيناه[1] .

مشتبها ما بين **المحل والموضوع والعاقد** ، كما في عقـد النكاح . فان محله في الحقيقة هو المتعة المشتركة بين الزوجين بغية التناسل . أما موضوعه فهو ملك هذه المتعة ، أي حق الاستمتاع . ولذا يعرفه الفقهاء بأنه عقد موضوع لملك المتعة (ر : الدرر ، اول النكاح) .

وبما ان غرض هذه المتعة التي هي محل العقد انما هو الاستيلاد لذلك يقولون ان محل النكاح هو المرأة بهذا الاعتبار ، ولكن محله الحقيقي انما هو **المتعة الجنسية المشتركة لا المـرأة** ، والا كان في النكاح محل العقـد والعاقد شيئا واحدا .

(١) ان **لمشروعية** الغرض الباعث على التصرف أو **عـدم مشـروعيته** اعتبارا مؤثرا في كثير من احوال العقود وأحكامها في نظر فقهائنا .

وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الحديث في الفقه الفرنسي أيضــا .

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري ف/٥٤٤ ــ ٥٤٨) .

غير ان الاستاذ الدكتور شفيق شحاته في رسالته عن « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » (ف/٤٨) يقول :

« والواقع ان الدافع أو الباعث لم يعتبر أبدا عند الفقهاء ، حتى انهـم قالوا ان البيع يصح ، ولـو أن الغـرض الـذي سيستعمل فيه المبيع غير مشروع » .

١٤٩ ـ هذا ، ويتضح مما تقدم أن موضوع العقد من حيث المآل يتحد مع ما يسميه الفقهاء : **حكم العقد** أي الأثر الذي يترتب عليه .

→

ولا يخفى ان هذا الحكم غير سديد على اطلاقه حتى بالنسبة الى الاجتهاد الحنفي الذي اتخذه الاستاذ المشار اليه اساسا للبحث في رسالته هذه .

فقد نص فقهاء الحنفية على مسائل يتجلى فيها انهم يقررون تأثيرا هاما لمشروعية الباعث وعدمها في مواطن من احكام العقود :

فمن ذلك ما صرحوا به في الاجارة ان الانسان لو استأجر عاملا لهدم بنائه ، ثم **بدا له العدول عن الهدم** ، فان له فسخ الاجارة بهذا العذر . اما اذا اراد فسخ الاستئجار **لانه وجد عاملا ارخص أجرا** ، **او أراد أن يهدم البناء بنفسه** فلا يعتبر فسخه .

وكذلك نصوا في المزارعة ـ وهي نوع شركة زراعية تكون فيها الارض من جانب والعمل من آخر ـ أن من عليه البذر يحق له فسخ المزارعة قبل القاء البذر في الارض لأن فيها اتلاف ماله وهو البذر فله الرجوع عنها ، كما سنرى في بحث العقود غير اللازمة (ف/٢٠١/ثانيا) .

لكن اذا اراد فسخ المزارعة **لأنه وجد مزارعا يرضى بنصيب أقل** ، **أو أراد أن يعمل بنفسه** فلا يحق له الفسخ (ر : رد المحتار ج ٥ ص/١٧٧) . فهذه الفروع الفقهية كما ترى من أوضح الصور على اعتبار الباعث ، وتأثير مشروعيته وعدمها في أحكام العقود بنظر فقهائنا .

حتى ان عدم مشروعية الباعث على العقد قد توجب **بطلان العقد** في بعض المذاهب الاجتهادية ولو كان العقد في ذاته مشروعا ، وهي قضية خلافية مشهورة في علم أصول الفقه الاسلامي ، وذلك كمسألة الزواج بالمرأة **المطلقة ثلاثة** اذا كان الباعث على الزواج ليس رغبة في الحياة الزوجية معها ، بل **لأجل تحليلها** للزوج الاول ، وكمسألة بيع السلاح للعصاة والبغاة ، وبيع العصير لأجل اتخاذه خمرا ، الى غير ذلك من المسائل التي اختلف فيها الاجتهاد . وقد أوضح هذا المبدأ واختلاف الفقهاء الاصوليين في حدوده ومدى تأثيره الامام الشاطبي في مواطن

←

فالموضوع ، والغاية النوعية والحكم ، هي معاهيم جد متقاربة مآلا ، وانما تختلف التسمية باختلاف وجهة النظر اليها .

فموضوع عقد البيع ، وهو نقل الملكية بعوض ، اذا نظرنا اليه من جهة العاقدين المتبايعين كان غاية لهما يسعيان الى تحقيقها بهذا النوع الموصل اليها من العقود .

واذا نظرنا اليه من جهة الشارع كان هو الحكم والاثر الذي يقره التشريع كنتيجة للعقد بعد وقوعه (ر : ف/١٣٣) .

←

عدد من كتابه « **الموافقات** » : (ر : الموافقات ، **المسألة السابعة**) من النوع الثاني في الشروط /ص/٢٧٤ ــ ٢٨٠/ **والمسألة الثالثة** من بحث مقاصد المكلف ، ج٢ ص/٣٣٣ ــ ٣٣٧) .

ويتصل هذا المبدأ بالقاعدة الفقهية القائلة : «**الامور بمقاصدها**» وهي مستمدة من قول النبي عليه السلام :

« **انما الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرىء ما نوى** »

نعم ان لفقهاء المذاهب انظارا مختلفة في حدود نظرية (**الباعث**) ومدى تأثيره .

فبيع المدين أمواله بقصد تهريبها من وجه الدائنين صحيح نافذ في الاجتهاد الحنفي اذا كان غير محجور عليه قضاء بالافلاس ، لان الدين متعلق بذمته ، أما اعيان ماله فهي حرة ، ولو كلف كل مشتر ان يعرف ما على بائعه من ديون لكان في ذلك حرج عظيم تأباه حكمة التشريع .

على ان متأخري الحنفية افتوا في الوقف **بعدم نفاذ وقف المدين** فيما يعادل الدين من امواله **الا اذا أجازه الغرماء** الدائنون ، كيلا يلجأ المدين الى وقف امواله بدافع تهريبها من سلطة الدائنين . (ر : ف/٧٠ الحاشية و ف/١٩٤/ ٣ و ٣/٤٦٢ ورد المحتار ٣/٣٩٥ ــ ٣٩٦) .

د ـ أركان العقد

١٥٠ ـ واما اركان العقد ، أي الاجزاء التي يتكون منها ، فهي شيئان : **الايجاب ، والقبول** ؛ وهما ـ كما اتضح من المناسبات السابقة ـ العوامل الانشائية في بناء العقد .

فالايجاب والقبول هما العمل القانوني الذي يربط المتعاقدين ، فتصير به اراداتهما شريعة ملزمة لهما في حدود حقوقهما .

والايجاب والقبول يسميان : **صيغة العقد** ، أي العبارات المتقابلة الدالة على اتفاق الطرفين . (ر : ف/١٣٣) .

وهذه الصيغة تتعلق بها مباحثات فقهية هامة نفردها بالفرع التالي :

الفرع الثاني

صيغة العقد وما اليها

ما يجب أن يتوافر في صيغة العقد اللفظية ـ انعقاد العقد في الكتابة ، وبالاشارة ، وبالدلالة ـ نوعا الدلالة ـ التعاطي ولسان الحال ـ العقود العينية .

أ ـ صيغة العقد

١٥١ ـ الاصل في معنى العقد اتفاق الارادتين ، أي التراضي ، وليست الالفاظ الا ترجمة عنهما .

ولما كانت الارادة من الامور الباطنة ، وكانت للعقود نتائج ذات

بال في الاموال والاعمال ، أوجب الفقه الاسلامي ظهور الارادتين بشكل واضح بين لاشك فيه ؛ وذلك بأن تتوافر في الصيغة اللفظية المعبرة عنهما ، وهي الايجاب والقبول ، ثلاثة أمور أساسية :

- جلاء المعنى •
- وتوافق الايجاب والقبول •
- وجزم الارادتين •

واليك ايضاح هذه النواحي :

١٥٢ - (اولا) - جلاء المعنى في صيغة العقد :

المراد بجلاء المعنى في صيغة العقد أن تكون مادة اللفظ المستعمل للايجاب والقبول في كل عقد تدل دلالة واضحة عرفا على نوع العقد المقصود للعاقدين • وذلك لأن العقود يختلف بعضها عن بعض في الموضوع والاحكام ، فاذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قد قصدا عقدا بعينه لا يمكن الزامهما باحكامه الخاصة به •

ففي مبادلة المال بالمال يجب أن يستعمل لفظ « **البيع** » أو ما يؤدي معناه من تمليك الاعيان بعوض •

وفي المبادلة على المنفعة يجب أن يستعمل لفظ « **الاجارة** » أو ما يفيد معناها من تمليك المنفعة بعوض ؛ وهلم جرا •

ولا فرق بعد هذا بين أن تكون دلالة اللفظ على العقد المقصود دلالة حقيقية أو مجازية ، فان الجلاء والوضوح يتحقق في طريقي الحقيقة والمجاز •

ومتى احتمل اللفظ المستعمل في الايجاب أحد عقدين أحدهما أقوى واكثر الزاما لأحد العاقدين ، والآخر أدنى ، فانه يحمل على الادنى جريا مع اليقين ، اذ لا يسوغ الزام أحد بالتزامات عقدية لم يتحقق قصده الى العقد الموجب لها • (ر : الدر المختار ج ٥ ، أول كتاب الايداع) •

وعلى هذا كانت الفاظ « الكنايات » في أحد العقود يحتاج في عقده بها الى قرينة ترجح أن العاقد قد أراد بها ذلك العقد ، لان لفظ الكناية يحتمله كما يحتمل غيره ، فلابد من مرجح ، وهو القرينة •

فينعقد البيع بلفظ الهبة[1] المقرونة بالثمن ، بأن يقول أحد المتبايعين : وهبتك هذا بكذا دراهم ، فيقبل الآخر (ر : فتح القدير ، ٤٥٨/٥) •

وكذا ينعقد النكاح بلفظ الهبة او الصدقة أو نحوهما مما يفيد الملك الدائم اذا قرن بالمهر ، بأن تقول المرأة للرجل مثلا : وهبتك نفسي على مهر قدره كذا ، فيقبل الرجل • (ر : الهداية وشروحها ١٠٥/٣ - ١٠٨) •

وذلك لان ذكر الثمن أو ذكر المهر قرينة تجعل لفظ الهبة جلي الدلالة على قصد البيع (في الحالة الاولى) أو على قصد النكاح (في الحالة الثانية) ، اذ أن العبرة في العقود **للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني،**

---

(١) لفظ الهبة يعتبر صريح الدلالة لايحتاج الى قرينة اذا استعمل في معنى التمليك المجاني بلا عوض • اما اذا استعمل في نحو البيع او النكاح فيعتبر كناية في الدلالة عليهما ، فيحتاج الى قرينة ترجح انه أريد به العقد المقصود بيعا أو نكاحا •

كما تنطق بـه تلك القاعـدة الذهبيـة المشـهورة في الفقـه الاسـلامي (م / ٣) ٠

ولو قال انسان لآخر : حملتك على هذا الدابـة ، أو أسكنتك في هذه الدار ، أو أعنتك بهذا المبلغ فخذه ٠ لا يعتبر هـذا هبـة الا اذا قامت قرينة على ارادة الهبة ، كما لو كان القائل ملكا مثـلا ، والا كان عارية في مثال الدار والدابة ، وقرضا في مثـال المبلغ من النقـود ، حملا على أدنى احتمالات اللفظ ، كما تقدم ٠

وكذا لو قال لآخر : خذ مني هذا الشيء ، فان ظهر غرض الهبة فهو هبة ، والا كان وديعة يجب حفظها لمعطيها ٠

١٥٣ ـ ثانيا ـ توافق الايجاب والقبول :

يجب أن يوافق القبول الايجاب من جميع الوجوه ؛ فاذا خالفـه لا يعتبر قبولا ، فلا ينبرم به العقد ٠

فلو أوجب البائع مثلا البيع لشيء بثمن قدره مائة ، فقبل المشتري بتسعين ؛ أو أوجب المؤجر بخمسين دينارا نقدا ، فقبل المستأجر بخمسين مقسطة أو مؤجلة ، لا ينعقد العقد بهذا القبول ٠

ويعد من المخالفة أيضا تجزئة الصفقة بالقبول ، ولو مع المحافظـة على نسبة البـدل ٠ فاذا أوجب البائع بيع ثـوب من الجوخ ، أو كميـة من القمح بثمن معين ، فقبل المشتري نصف المبيع بنصف الثمن لا ينعقد البيع لمخالفة القبول للايجاب ، اذ ربما كان البائع لا يوافقه بيع بعض المبيع دون بعض (ر : م/١٧٧) ٠

ولكن القبول المخالف لا يبطل ، بل هو صـالح لان يبنى عليـه ، وقـد يرضى به الطـرف الآخـر ، فالقبـول المخالف يعتبـر **ايجابا جديدا**

يحتاج في انعقاد العقد على أساسه الى قبول من الطرف الآخر الذي كان هو الموجب ، فيصبح القابل موجبا ، والموجب قابلا ٠

على أنه اذا كانت مخالفة القبول للايجاب ، انما هي مخالفة **الى خير من كل وجه** بالنسبة الى الشخص الموجب لا تكون مانعة من الانعقاد لانها في الحقيقة ليست مخالفة وانما هي عندئذ زيادة في الموافقة ، وليست العبرة للاشكال الصورية بل للمقاصد الجوهرية ٠

فلو أوجب المشتري بعشرة دنانير فقبل البائع بأقل منها ، أو أوجب البائع بعشرة فقبل المشتري بأكثر منها ، كان ذلك في الحقيقة قبولا بالمبلغ الذي تضمنه الايجاب مع التزام حط منه أو زيادة فيه لمصلحة الطرف الموجب ٠ فينعقد البيع بالثمن الذي تضمنه الايجاب ، ويتوقف لزوم الحط أو الزيادة على رضى الطرف الموجب ، لان القاعدة أن الحط من العوض والزيادة فيه لمصلحة الطرف الآخر يتوقف لزومهما على رضاه (ر : رد المحتار ٤/١٩) ٠

أما اذا لم تكن المخالفة الى خير وأفضل من كل وجه بل **من وجه دون وجه** لا ينعقد العقد الا بموافقة الطرف الآخر ، كما لو كانت المخالفة من كل وجه ، وذلك كما لو أوجب البائع بعشرين دينارا **نقدا** فقبل المشتري باربعين **نسيئة** الى شهر مثلا ، فلا ينعقد العقد ، بل يعتبر القبول المخالف ايجابا يحتاج الى قبول ٠ ذلك لانه وان كان الثمن المقبول أزيد مقدارا ، قد تكون حاجة البائع أو رغبته في النقد العاجل ، أي في الناحية التي خولفت ، فيفوت غرضه ٠

١٥٤ ـ ثالثا ـ جزم الارادتين :

والمراد به أن تكون صيغة الايجاب والقبول مفيدة للبت في العقد

بصورة لا تردد معها ولا تسويف ، والا كانت نية الارتباط منتفية ، لأن التردد في حكم الرفض •

ومن الواضح أنه اذا انتفت دلالة الصيغة على وقوع الارتباط والتعاقد ، فلا عقد ولا التزام • وعلى هذا يقرر الفقهاء أن الوعد بالبيع لاينعقد به البيع ولا يلزم صاحبه قضاء[1] •

ومن صورة الوعد أن تقترن عبارة الايجاب أو القبول بأداة تأخير وتسويف ، كحرف السين أو سوف • فلو قال البائع لمن يستام الشيء : سأبيعكه بكذا ، أو قال المستام : سوف اشتريه ، فان البيع

---

(١) يلحظ هنا ان المواد / ٢٢٠ ـ ٢٢٧ / من قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم / ٣٣٣٩ / قد قضت بان الوعد ببيع العقار ملزم للواعد اذا حصل بشرائط ومراسيم عينها القانون المذكور وهو موجب للتسجيل الجبري في العقار على اسم الشخص الموعود اذا ادعى هذا على المالك الناكل عن وعده •

فالحكم الفقهي في ان الوعد بالعقد غير ملزم أصبح في بلادنا معدلا بهذا القانون في حق العقار •

والواقع ان الوعد ببيع العقار كما رسمه القانون المذكور هو في الحقيقة تعهد من المالك بالبيع متى طلب راغب الشراء خلال مدة معينة ، وهذا التعهد يتفق عليه الطرفان ، وليس مجرد وعد •

ثم جاء القانون المدني السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل ، فعمم هذا الحكم على كل وعد بعقد ، فاعتبره ملزما للواعد اذا استوفى شرائطه التي قررها القانون المذكور مهما كان نوع العقد الموعود •

ومن الواضح ان عقد الزواج لا يدخل تحت هذا التعميم ، لانه خاضع لقانون الاحوال الشخصية الذي لا يجعل الوعد بالزواج ملزما •

لاينعقد بذلك ولو قبل الطرف الآخر قبولا باتا[1] (ر : المجلة/١٧١) ٠

١٥٥ ـ والصيغة العامة التي يرجحها الفقهاء في الايجاب والقبول للدلالة على الارادة الجازمة هي صيغة الماضي ، نحو : بعت واشتريت ، ورهنت وارتهنت ، وزوجت وتزوجت ، الخ ٠٠٠

ولفظ **قبلت او رضيت** أو ما في معناهما ، بعد ذكر الايجاب ، يكفي ويغني عن اعادة ما تقدم في الايجاب ٠

على أن صيغة الماضي ليست بشرط ، وانما هي أفضل من سواها لدلالتها في مقام العقود على الانشاء الجازم ٠

---

(١) يلحظ في هذا المقام أن العقد قد يقع معلقاً وجوده على وجود شرط ، كما لو علق الكفيل كفالته على سفر المدين بان قال : اذا سافر فقد كفلته ٠

وقد يعقد العقد مضافا بدء حكمه الى المستقبل ، كما لو آجر انسان داره سنة تبتدىء من اول الشهر القادم ٠

وقد يعقد العقد بخيار لاحد العاقدين ، كما لو تبايعا على أن يكون المشتري مخيرا الى ثلاثة ايام ، فيكون له خلالها حق في نقض البيع ورد المبيع ، وهو المسمى : **خيار الشرط** (ر : ف /١١/ ثامنا) ٠

فالتعليق أو الاضافة في العقود التي تقبلهما ، وكذا خيار الشرط في العقود التي يجري فيها ، لا ينافي الجزم الواجب وجوده في صيغة العقد كما لا يخفى ٠

فارادة العاقدين في العقد المعلق أو المضاف أو المخير فيه مبتوتة ليست كارادة من يعد بالبيع وعدا أو يقول : **سوف أبيع** ٠ ولكن العقد المعلق مجزوم به من قبل العاقد لا حالا ، بل عند وجود الشرط الخارجي المعلق عليه ؛ والعقد المضاف مجزوم به للحال ، الا ان ابتداء حكمه مؤخر الى زمن معين ؛ والعقد مع الخيار مبتوت أيضا في أصل انعقاده ، وليس الخيار الا حقا ممنوحا لاحد العاقدين في فسخ العقد القائم ٠

فكل ذلك لا ينافي الجزم بالمعنى المقصود هنا في صيغة العقد ٠

فلو عبر الطرفان بالمضارع مقصودا به الحال انعقد العقد ؟ كما لو قال : أبيعك الآن ، فقال الآخر : أشتري الآن (ر : المجلة /١٧٠) .

ومثل ذلك في الصلوح كل عبارة تظهر بوضوح ارادة العاقدين الجازمة في انشاء العقود بحسب موضوع كل عقد .

ففي عقد البيع لو أوجب المشتري بقوله : هذا علي بألف ، فقال البائع : قبلت ، أو أوجب البائع بقوله : هو لك بألف ان وافقك أو أعجبك أن ان أردت ، فقال المشتري : وافقني أو أعجبني أو أردت ، ينعقد البيع بكل هذه العبارات (ر : « فتح القدير » للكمال ابن الهمام ٥/٤٥٨ - ٤٥٩) .

حتى ان الفقهاء قد اعتبروا صيغة الامر وغيرها من العبارات كافية اذا كانت تنبىء عن ايجاب أو قبول مقدر يقتضيه المعنى ويستلزمه ، كما لو قال : اشتريت منك هذا بكذا ، فقال المالك : « خذه » أو « يبارك الله لك فيه » ، وذلك لانها في قوة قوله : بعتك فخذه . فقد بنوا على المدلول المقدر (ر : المجلة/١٧٢) .

أما الايجاب أو القبول نفسه فلا يكون أبدا بصيغة الامر . فلو قال : بعني أو آجرني بكذا ، فقال : بعتك أو آجرتك ، لا ينعقد العقد بذلك حتى يقبل الآمر لأن الامر هنا مجرد طلب وتكليف . (ر : المجلة /١٧٢) .

وقد استثنوا عقد النكاح خاصة فقرروا فيه انعقاد العقد اذا قال الرجل للمرأة : زوجيني نفسك ، أو قال لوليها أو وكيلها : زوجني فلانة ، فأجيب : زوجتك .

فمنهم من اعتبر الامر هنا ايجابا على سبيل الاستثناء من القاعدة .

ومنهم من اعتبره توكيلا ، فالطرف الثاني باجابته يكون قد تولى طرفي العقد بحكم هذه الوكالة •

على أنه لو عمم اليوم هذا الحكم فاعتبرت صيغة الامر ايجابا في جميع العقود كما في عقد النكاح لكان حسنا ، لاتجاه عرف الناس اليه ، والعرف في ذلك معتبر شرعا •

ب ـ الكتابة ، والاشارة ، والدلالة

١٥٦ ـ هذا ، وان النطق باللسان ليس طريقا حتمية لظهور الارادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي ، بل النطق هو الاصل في البيان ، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية مما يمكن أن تعبر عن الارادة الجازمة تعبيرا كافيا مفيدا •

وعلى هذا ، أقر الفقهاء أنه يقوم مقام النطق في الايجاب والقبول احدى وسائل ثلاث أخرى ، وهي : الكتابة ، واشارة الاخرس ، والتعاطي (ر : المجلة / ١٧٣ ـ ١٧٥) •

١٥٧ ـ اولا ـ الكتـابة :

فالكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين ، وعلى هذا الاعتبار وضعت القاعدة الفقهية القائلة : « **الكتاب كالخطاب** » (المجلة/٦٩)[١] •

---

(١) المراد بالكتابة في هذا المقام الخطاب الذي تكتب فيه عبارة الايجاب أو القبول موجهة من أحد العاقدين الى الآخر ، بأن يكتب اليه مثلا : اني اشتريت منك كذا بكذا ، فيكتب اليه الآخر : قد قبلت ، أو قد بعتك ما طلبت بما ذكرت من الثمن ، ونحو ذلك ؛ فيكون هذا كما لو تشافها بالايجاب والقبول نطقا •

ويشترط في الكتابة لكي تعتبر أن تكون : **مستبينة ، ومرسومة**

ــ ومعنى كونها مستبينه أن تكون مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه. فلا تعتبر الكتابة في الهواء ؛ أو على سطح الماء •

ــ ومعنى كونها مرسومة أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في مراسم زمانهم وتقاليده ، وذلك بان تكون مصدرة باسم المرسل والمرسل اليه[1] ، أو مختومة أو موقعة من المرسل المتكلم ، وأن تكون في زماننا على قرطاس لا على نحو ألواح العظام وجلود الحيوان وأوراق الشجر مما كان يكتب عليه في الماضي القديم •

والرأي الفقهي في الايجاب والقبول بالكتابة أن حكمها لا يبدأ منذ كتابة العبارة ، بل عقب وصول الكتاب وقراءته • فعندئذ تأخذ العبارة مفعولها ، فيعتبر الموجب موجبا والقابل قابلا •

وهذا في العقود ، بخلاف التصرفات التي لا تتوقف على علم الطرف الآخر ورضاه ، كالطلاق والاعتاق ، فانها اذا كتبت كتابة مستوفية الشرائط ، أي مستبينة مرسومة ، بأن كتب أحد الى زوجته كتابا يقول لها فيه : **انت طالق** ، فانها تأخذ حكمها فور الكتابة • فيقع الطلاق

(ر : الاشباه ، ج ٢ الفن ٣ ص /١٩٦/ ، وفتح القدير ج ٥ ص/ ٤٦١ ــ ٤٦٢) •

وليس المراد كتابة الصك الذي يكتب المتعاقدان فيه العقد ويوقعانه ، فان كتابة الصك ليست مما نحن بصدده ، لان الصك ليس من قبيل انشاء العقد بالكتابة ، بل هو اقرار خطي بوقوع العقد ، أي ان الصك هو وثيقة مثبتة ، وليس عبارة منشئة •

(١) يلحظ هنا أنه في زماننا يكتفى بتصدير الكتابة باسم المرسل اليه فقط مع توقيعها او ختمها باسم المرسل في نهايتها ، فانه المعتاد اليوم •

حالا ، ولا يتأخر الى وصول الكتاب وقراءته[1] •

١٥٨ - ثانيا - الاشارة :

وأما اشارة الاخرس فانها تقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء اذا كان لا يعرف الكتابة ، في جميع تصرفاته التعاملية القولية التي يكون له فيها اشارة معهودة مفهومة جرت عليها عادته ، سواء منها ما كان عقدا كالبيع والشراء والنكاح ، أو كان انشاء منفردا في **التمليكات** كالوصية لجهة خيرية والوقف ، أو في **الاسقاطات** كالطلاق والابراء واسقاط الشفعة ، أو في غير ذلك كالدعوى والاقرار وحلف اليمين •

وعلى هذا الاساس وضعت القاعدة القائلة :

« **الاشارة المعهودة للاخرس كالبيان باللسان** » (م/٧٠) •

أما اذا كان الاخرس كاتبا فالرأي الراجح فقها أنه لا تصح تصرفاته الا بالكتابة لانها في الدلالة ، كالنطق من كل وجه • أما الاشارة فهي دون الكتابة دلالة ، فلا تقبل مع امكان الكتابة •

واذا كان الخرس غير أصلي بل طارئا ، وهي حالة **معتقل اللسان** . فالرأي المرجح عند فقهائنا أنه اذا كان لا يعرف الكتابة وتكونت له اشارات معهودة اعتادها للافصاح عن مراده ، تقبل اشارته هذه في تصرفاته اذا دامت عقلة لسانه الى الموت •

---

(١) أما اذا كانت الكتاب قد علق فيها الطلاق على بلوغ الكتاب بأن كتب الرجل الى زوجته : **اذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق** ، فلا يقع الطلاق عندئذ الا بعد وصوله ، كما في العقود •

وانظر في أحكام الكتابة وشرائطها : (رد المحتار ٢/٤٢٨/ والاشباه لابن نجيم مع حاشية الحموي ج ٢ ، الفن الثالث ، ص/١٩٦ - ١٩٧) •

وعلى هذا تكون تصرفته باشارته المعهودة موقوفة الى موته : فاذا مات على عقلته نفذت تصرفاته مستندة الى تاريخ صدورها ، أي انها يكون لها أثر رجعي •

ومن الفقهاء من يرى الاكتفاء بدوام عقلته سنة ، فيصبح بعدها كلاخرس الاصلي ، وتقبل اشارته المعتادة ، ويكون لها نفاذ فوري •

وهذا أوجه وأودفع للحرج ، فن الرأي الاول فيه حرج عظيم ، فقد تمتد حياة معتقل اللسان عشرات السنين بعد عقلته ، فلا ينبغي موقف تصرفته طوال ذلك مع انه قد تكون له اشارة معتادة (ر : رد المحتار ٤٢٥/٢) •

وسيأتي ايضاح النظر الفقهي في اشارة الاخرس ومعتقل اللسان في كلامنا على القاعدة السالفة الذكر في القسم الثالث من هذا المدخل •

١٥٩ ـ ثالثا ـ الدلالة :

وأما الدلالة فالمراد بها ان يكون الانعقاد مستفادا بفعل من شأنه أن يترتب على العقد ، ويعبر عن تنفيذه ، أو مستفاداً من حال تستدعي انعقاده •

وتحت انعقاد العقد بالدلالة صورتان : **التعاطي ، ولسان الحال** •

١٦٠ ـ أ ـ (التعاطي) :

فأما التعاطي فهو أخذ وعطاء ، أي مبادلة فعلية دالة على تبادل الارادتين والتراضي دون تلفظ بايجاب أو قبول (ر : المجلة / ١٧٥) • وذلك كما لو وجد انسان متاعا في حانوت مكتوبا عليه ثمنه ، أو كان

معروف الثمن ، أو سأل صاحبه عن سعره فبينه له ؟ فأخــذه وناول البائع ثمنه ، فقبضه منه راضيا دون ايجاب وقبول لفظيين ، فان البيع ينبرم بينهما بهذا الاخذ والعطاء ، لقيامهما مقام الايجاب والقبول في الدلالة عـلى تبادل الارادتين الجازم في عقد المعاوضة .

ويكفي في انعقـاد العقـد بالتعـاطي ان يكون الاعطـاء من جانب واحد ، أي أن يكون القبض واقعا على أحد العوضين فقط في عقد المعاوضة على الراجح من الآراء الفقهية ، كما لو سأل راغب الشراء عن سعر الشيء ثم دفع الثمن الى المالك فقبضه هذا منه ووعد بتسليم المبيع بعد ذلك ، فان البيع ينعقد ، ويكون كل منهما ملزما ولو تحول السعر بعد ذلك (ر : المجلة /١٧٥/ ، ورد المحتار ٤/١١) .

ويعد من التعاطي قبض البائـع من المشـتري عربونـا دون تلفظ بايجاب وقبول ، فينعقد به البيع ، فليس لاحدهما رجوع بعد ذلك ، لان العربون يعتبر جزءا من الثمن .

ويمكن أن نعتبر نوعا من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقـود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة **عقود الاذعان** ، كالاشتراك في النـور الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها ، فانها تتم بتقـديم طلب مكتوب وقيام المؤسسة المختصة ، من شركة أو بلدية أو دائرة حكومية، بالتمديدات اللازمة وايصال المنافع المطلوبة .

ومثله اليوم ركوب الانسان في الحافلات (الترام) ، وقطع البطاقات للركوب في القطار أو للدخول الى السينما ونحوها ، وكذا ارسال مجلة أو جريدة الى طالبها .

ويجـري التعاطي في حسيس الامـوال ونفيسها ، أي في رخيص

الثمن وغاليه ، فكما يجوز في الخبز والفحم والحطب والحجر ونحو ذلك من الرخيص التافه يجري ايضا في اللآلىء والاحجار الكريمة من الثمين الغالي ،

فلو رأى الانسان عقدا من الجوهر عند جوهري وفهم منه ثمنه ، فدفعه له وسلمه الجوهري العقد انبرم بينهما البيع بلا لفظ[1] ،

ويجري التعاطي عند فقهائنا في عقد البيع وما في معناه من المعاوضات كاجارة وصرف واقالة ، ومثل ذلك أيضا عقد الصلح على مال ، والقسمة ، فكلها في معنى المعاوضة ،

ويجري أيضا في غير المعاوضات كالاعارة والهبة (المجلة/٨٠٤و ٨٣٩) غير ان الاجتهادات الاسلامية جميعا مجمعة على عدم جريان التعاطي

---

(١) اجتهاد الشافعية ، في الاصل ، انه لا يسوغ البيع بالتعاطي دون لفظ ، ثم جوزه متأخروهم لشيوعه والحاجة اليه في خسيس الاموال ، أي رخيصها ، دون نفيسها ،

والاجتهادان المالكي والحنبلي كالاجتهاد الحنفي في التعاطي ، وقد نقل عن مالك أنه قال : « **ينعقد البيع بما يعتقده الناس بيعا** » ،

وقال موفق الدين بن قدامة الحنبلي في الاستدلال الشرعي للتعاطي في كتابه « المغني » ما نصه :

« ولنا ان الله أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والاحراز ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه ، مع كثرة وقوع البيع بينهم ، استعمال الايجاب والقبول ، ولو استعملوها لنقل نقلا شائعا ، ولو كان شرطا لوجب نقله » اهـ ،

وقد أتى ابن قدامة في هذا المقام بكلام وتفقه نفيس ، فلينظر في **المغني والشرح الكبير** ج/٤/ أول البيوع ،

في عقد النكاح ، لان للنكاح اعتبارا دينيا متصلا بالعقيدة في طريق استحلال المتعة الزوجية لايغني فيه عن اللفظ شيء ، كما ان للشرع نظرا في تمييز الزواج المشروع بين الرجل والمرأة عن العلاقة الفاجرة تمييزا لايجليه ويزيل الشبهة من سبيله الا العقد اللفظي ، لان التعاطي لو جرى في الزواج دون لفظ لما تجلى نوع العلاقة المقصودة فيه هل هي زواج أو مخادنة كما سلفت الاشارة اليه . (ف/١٣٦ ج) .

ويدخل في اللفظ الكتابة فتعتبر في العقد بين الغائبين كالمشافهة .

ولكن اللفظ في ايجاب عقد النكاح وقبوله قد يكون حقيقة أو مجازا : فينعقد النكاح مثلا بلفظ الهبة ، وبكل لفظ يفيد معنى التمليك المؤبد كما لو قالت المرأة للرجل مثلا : **وهبتك نفسي على مهر قدره كذا** ، فقبل الرجل بحضرة الشهود ، فان النكاح ينعقد كما تقدم (ر : رد المحتار ٢/٢٧١)[1] .

---

(١) قد عقد العلامة شهاب الدين القرافي المالكي في كتابه « **الفروق** » بحثا ضافيا في الفرق بين البيع والنكاح من حيث الانعقاد بالتعاطي في الاول دون الثاني ، وبين المذاهب الفقهية وأدلتها في ذلك ، وقال :

« فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها احد بالمعاطاة في النكاح كما قالوه في البيع » .

وقد أسهب القرافي في « فروقه » ، وكذا صاحب « تهذيب الفروق » المطبوع على هامشه في تعليل هذا الفرق (ر : الفرق /١٥٧/ من كتاب « الفروق » ومن تهذيبه ج ٣ ، ص/١٤٣ ـ ١٤٥ ـ /و/ ١٨٠ ـ ١٨٢) .

اقول :

ان جوهر الحكمة الشرعية في عدم جريان التعاطي في عقد النكاح يظهر من الرجوع الى قاعدة يقررها الفقهاء هي :

←

١٦١ ـ ب ـ لسان الحال :

وأما الانعقاد بلسان الحال فكما لو ترك انسان متاعه بين يدي شخص آخر وذهب ، وذلك الآخر ساكت لم ينهه ولم يتنصل من

→

« ان الاباحة والبذل انما يجريان في الاموال لا في المتعة الجنسية » .

(ر : كتاب الدعوى في رد المحتار ٢/٣٣٤ والبدائع ٦/٢٢٧) .

وذلك لان الشريطة الشرعية في استحلال مال الغير هي رضى صاحبه ببذله اما مجانا أو بعوض . فلو أباح الانسان ماله لاحد حل هذا المال للمباح له .

بخلاف ما لو أباحت المرأة نفسها لرجل ، فان المتعة لا تحل بينهما بهذه الاباحة ، بل هي السفاح الممنوع .

وعلى هذا الاساس كان التعاطي كافيا في عقد المعاوضة المالية ؛ لان التراضي على البذل فيها هو المميز بين حالتي أخذ المال بالحق أو بالباطل، وان التعاطي يفيد هذا التراضي بصورة لا تقل دلالة عن لفظ الايجاب والقبول ، فيحصل به المقصود الشرعي .

أما التعاشر الاستمتاعي بين الجنسين الرجل والمرأة فان له حالتين : احداهما مشروعة ، وهي النكاح ، والاخرى جريمة ممنوعة ، وهي المخادنة والسفاح .

وجميع نتائج النكاح الخطيرة في الاموال والانساب وسائر حقوق الاسرة تثبت كلها في الحالة المشروعة ، وتنتفي في الحالة الممنوعة .

ومن الواضح ان الحالتين ، أي الزواج والمخادنة ، تشبه احداهما الاخرى في مظهرهما ؛ وليس التراضي هو المميز بين الحالتين ، لانه موجود في كل منهما ، وهو غير كاف في هذه المعاشرة بين الجنسين ، فان التراضي انما كان كافيا في المعاوضة المالية لأن الاموال يجري فيها البذل والاباحة كما تقدم .

فلو جاز التعاطي في عقد الزواج ـ بأن يدفع رجل الى امرأة مبلغا من المال كمهر بقصد الزواج ، فتتابعه دون ان يتلفظا بعقد ، وتعيش معه ويتعاشران كأزواج ـ لما كان في هذا التعاطي دلالة ظاهرة على أكثر من

←

حفظه ، فانه ينعقد عقد الايداع بينهما بدلالة الحال ، فيصير الشخص الموضوع أمامه وديعا مكلفا بالحفظ ومسؤولا عنه اذا قصر فيه .

ولو وضع ماله أمام جماعة كذلك اصبحوا جميعا مستودعين . فلو قاموا واحدا بعد آخر تعين حفظ الوديعة على الاخير . فاذا قام وترك المال حتى ضاع فانه يضمنه لصاحبه .

وكذا لو دخل انسان خانا مثلا فسأل صاحبه : أين أربط دابتي ، فأراه محلا فربطها فيه وذهب ، انعقد الايداع دلالة ، وأصبح صاحب الخان مكلفا بحفظ الدابة ، ومسؤولا عن التقصير فيه . (ر: المجلة ، ومرآتها ، م/٧٧٣)[1] .

التراضي على المعاشرة ، أما قصد الزواج فلا يظهر للناظر بهذا التعاطي . وان مجرد التراضي على المعاشرة لا يكفي في تمييز النكاح عن السفاح كما سلف بيانه ، بل لابد من ظهور التراضي على غرض الزواج المشروع وتحمل نتائجه الشرعية . ولا يظهر هذا الغرض بصورة لا اشتباه فيها الا بالتعبير اللفظي .

فلذلك أجمعت الاجتهادات الاسلامية على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي دون الايجاب والقبول اللفظيين ، كما كان عقد النكاح هو العقد الوحيد الذي أوجب فيه الشرع الاسلامي شيئا من المراسم الشكلية لصحته بأن اشترط فيه الاشهاد عليه ، واستحسن شهره واذاعته كي يشيع خبره وتنتفي الريبة من اجتماع الرجل والمرأة على حياة مشتركة لا يعرف أساسها ومبناها كما تقدم .

(١) تصرح هذه المادة /٧٧٣/ من المجلة ، وكذا يصرح الفقهاء ايضا ، بانعقاد العقد في هذه الامثلة دلالة .

وقد سمينا نحن هذا النوع من الدلالة « **لسان الحال** » أخذا من فحوى كلامهم . وقسمنا عندئذ الانعقاد بالدلالة الى قسمين : الانعقاد بالتعاطي ، وبلسان الحال ، كما رأيت ؛ لان التعاطي الذي يذكره الفقهاء هو ايضا نوع من الدلالة بطريق المبادلة الفعلية (ر : المجلة/١٧٥) .

١٦٢ ـ والخلاصة أن العقد في الفقه الاسلامي ارتباط ارادي ، أداته الطبيعية وطريقه الاصلية اللفظ المبين •

ولكن اللفظ فيه ليس مقصودا لذاته على سبيل الشكلية في العقود ، بل لانه أفضل ترجمان عن الارادة بصورة واضحة •

وان الفقهاء عندما يبحثون في عقد من العقود ويذكرون الالفاظ التي تصلح لانشائه تراهم يصرحون غالبا بأن تلك الالفاظ انما تذكر على سبيل التمثيل ، وان للعاقدين أن يستعملوا غيرها مما يؤدي الى المعنى المطلوب •

حتى لو برز اتفاق الارادتين عن غير طريق اللفظ انعقد العقد دلالة كما في التعاطي ولسان الحال ، مما سلفت الاشارة اليه[1] •

★ (١) يقول الاستاذ شفيق شحاته في رسالته « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » ، تحت عنوان «**نظرية اللفظية**» ، مانصه:

« في الاصل لا شكلية في التشريع الاسلامي • فالعقد ينعقد وتنشأ الالتزامات دون حاجة الى طقوس خاصة من حركات أو اشارات أو مراسم • ويعتبر هذا من المميزات الاساسية للتشريع الاسلامي •

ولكن هل معنى هذا أن الارادة وحدها تولد الالتزام في التشريع الاسلامي ؟

وقد أجاب المؤلف نفسه على هذا التساؤل بأن الفقهاء لا يتقيدون بالفاظ مخصوصة في عقد العقود ، بل يسوغون استعمال كل لفظ يؤدي معنى العقد المقصود ، ثم قال :

ويوجد في الفقه الاسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه « اللفظية » ، وهو أثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس في العصور الاولى ، حيث كان الناس يعتقدون بالتاثير السحري للكلمات المتلفظ بها •

←

ج ـ العقود العينية

١٦٣ ـ اتضح مما تقدم أن العقد في الشرع الاسلامي يتم وتثبت احكامه بمجرد الايجاب والقبول •

←

ولهذا السبب نجد الفقهاء على أشد الخلاف فيما يتعلق بحكم التعاطي•

(ر : الرسالة المذكورة ، ف/١٢٣ ـ ١٢٧/ ص / ١٣٠ ـ ١٣٢)

اقول :

ان هذا الحكم بلفظية العقد في الفقه الاسلامي وبانها من بقايا عقيدة التأثير السحري للالفاظ في القرون الاولى هو أشبه شيء بالخيالات !!

ونحن الذين عرفنا في الاستاذ الدكتور شفيق شحاته جودة البحث ودقة النظر والتحليل ، ونقدر في رسالته هذه جهدا جديدا يستحق التقدير على كل حال ، نستغرب منه مزيد الاستغراب هذه الفكرة التي يغلب ان تكون قد انزلقت اليه انزلاقا من مصدر أجنبي لم يدرس الشريعة الاسلامية في منابعها ، ولم يعرف مباني أحكامها • وانما ينظر اليها من بعيد كما ينظر الى شبح صرح ناء في صحراء ، فيتخيله شجرة أو بقرة قبل أن يتبينه !

فأين الشكلية اللفظية في نظرية العقد الاسلامية ، وقد رأينا أن الفقه الاسلامي قد أقر انعقاد العقود بالتعاطي الا في عقد النكاح الذي اشترط فيه اللفظ لغرض تشريعي لا يحققه الا اللفظ المبين عن غاية اجتماع الجنسين الرجل والمرأة ، تمييزا للغاية المشروعة عن الممنوعة ، مما تقدم ايضاحه (ر : ف/١٥٩) •

والخلاف الاجتهادي في التعاطي لم يكن على أشده ـ كما يظن الاستاذ شفيق شحاته ـ بل كان من أيسر الخلافات الفقهية ، فقد خالف فيه الشافعية أولا لشكهم في ظهور الارادة فيه ظهورا بينا ، ثم انتهى متأخرو فقهائهم الى اقراره للحاجة •

على اننا عندما نحكم على الفقه الاسلامي بحكم انما يجب أن ننظر الى اوسع مذاهبه في الموضوع لا الى اضيقها ما دام الاوسع ايضا يمثل تمثيلا

→

غير أن هناك طائفة من العقود ، لا تعتبر تامة الا اذا حصل تسليم العين التي هي موضوع العقد ، ولا يكفي فيها الايجاب والقبول •

←

صحيحا نظرية الشريعة من احدى وجهات نظرها الثابتة • وليس المذهب الاجتهادي الواحد الا فهما لصاحبه لا حكما على الشريعة •

بل لقد نص فقهاؤنا على انعقاد العقد بما دون التعاطي دلالة من لسان الحال ، كما تقدم بيانه (ف/١٦١) •

فأين هذه النظرية العقدية السمحة من عقيدة « **سحر الالفاظ في العصور الاولى** » ؟!

واما أن الفقه الاسلامي يعتبر اللفظ في عقد العقود أصلا ؛ وما سواه من كتابة أو اشارة أو تعاط يعتبره خلفا عن اللفظ ، فلأن الواقع أن اللفظ هو الطريق الطبيعية في اظهار الارادة الجازمة ، ولا يزال هو الطريق الطبيعية في ذلك • وهذا لا يمنع أن تقبل طرق أخرى خلفا عن النطق امّا اضطراراً كاشارة الاخرس ، أو اختيارا كالتعاطي •

حتى أن الفقهاء قد بينوا صراحة في البيع انه ينعقد باحدى طريقتين : أما باللفظ وهو الايجاب والقبول ، واما بالفعل دون ما لفظ ، وهو التعاطي• (ر : الدر المختار ، أول البيوع) •

وقد رأينا أن الفقه الاسلامي لم يشترط في عقد من العقود لفظا ولا صيغة معينين ، بل جعل كل عبارة ، من حقيقة أو مجاز ، صالحة في كل عقد متى أعربت عن معناه النوعي المقصود • وانما رجح الفقهاء استعمال صيغة الماضي في بناء العقد ترجيحا لا الزاما ، لانها أدل على الجزم والتحقق • وكل ذلك يفيد أوضح افادة أن المنظور اليه فقها في عملية العقد انما هو اظهار الارادة الجازمة ووضوح نوع العقد المراد بلا اشتباه ، ليحكم بثبوت أحكامه والتزاماته بين المتعاقدين ، وليس اللفظ هو المنظور اليه لذاته •

ولا يخفى أن النية المجردة الباطنة لا ينشأ بها فعل وهي في حيز البطون ولو كانت عزيمة جازمة • فمن عزم الطلاق أو البيع لا يعتبر مطلقا أو بائعا ، بل لا بد من وسيلة حسية تبرز الارادة بصورة يستطيع القضاء

→

وتسمى هذه العقود بلغة الحقوق اليوم : **العقود العينية** ، أي التي يتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم العين ، وهي خمسة :

→

أن يمسك بها ويبني عليها • وهذا من بديهيات الفقه والقانون (ر : رد المحتار ٤/١٣) •

فاللفظ في كل تشريع هو تلك الوسيلة الاصيلة في اخراج الارادة الى حيز الوجود الحسي • ولكن بعض الشرائع قد تضيف اليه مراسم شكلية صورية من حركات أو اشارات أو افعال تقليدية مخصوصة لا يعتبر العقد منعقدا بمجرد اللفظ دونها ، كما كان عند الرومانيين •

والكتابة أخت اللفظ تمتاز عليه بالثبات والضبط ، وتنحط عنه في الدلالة على جزم الارادة أحيانا ، لان الانسان قد يكتب للتجربة أو للاحتياط والتهيؤ وهو متردد بعد في الابرام والتنفيذ • (ر : الزيلعي ٦/٢١٨) •

ولكن ايجاب الكتابة في العقود بوجه عـام حرج عظيـم لا سيما في الحاجات التافهة اليومية ، بل قـد تتعذر في محيط أو في زمن تغلب فيـه الامية • فليس من شأنها أن تكون هي الطريقة العقدية الاصلية في تشريع عام دائم يجب أن يبنى على الممكنات الثابتة • فلذا بقيت الكتابة طريقة استثنائية في نظر الفقه الاسلامي تنوب عن النطق نيابة ، ويترك أمرهـا للازمنة والامكنة في شرائط اعتبارها •

ولكن قد تعتبر الكتابة في بعض الشرائع هي الاصل في اثبات بعض العقود ، ولا يخفى أن الاثبات غير الانعقاد •

وقد توجب النظريات الحقوقية وبعض القوانين المدنية اليوم كتابة بعض أنواع العقود في صك لتأخذ أحكامها وتوجب التزاماتها ، ولكن هذا أيضا ايجاب شكلي استثنائي • على أن الصك ليس في الحقيقة هو العقد وانما هو اقرار خطي بوقوعه •

على انه اذا لم يكن النطق هو الوسيلة الاصلية في عقد العقود ، وما سواه من الوسائل البيانية خلف ، فأي وسيلة سواه من اشارة أو تعاطٍ أو غيرهمـا أحسن افصاحا عن الارادة الجازمة لتكون أولى بهذه الاصالة من النطق •

←

الهبة ، والاعارة ، والايداع ، والقرض ، والرهن .

ويعلل الفقهاء اشتراط القبض لتمامها بأنها تبرع .

وعلى هـــذا الاساس وضعت القـاعدة القائلة : « **لا يتم التبرع الا بالقبض** » (م/٥٧) .

فالعقد اللفظي في هذه المواضيع يعتبر قبل القبض عديم الاثر :

ففي الرهن مثلا لا يستطيع الدائن المرتهن اجبار المدين على تسليم الرهن بموجب العقد ان لم يسلمه طوعا . ولكن اذا سلمه تم الالتزام ، فلو استرده الراهن بعد ذلك بلا رضى المرتهن فلهـذا أن يجبره عـــلى اعادتــه .

وكذا الموهوب له لا يستطيع اجبار الواهب على تسليم الموهوب .

فالتنفيذ في هذه العقود العينية هو المولد لآثار العقد ؛ والارادة لا تعتبر ظاهرة باللفظ وحده دون هذا التنفيذ .

على أنه يستثنى من نظرية العقود العينية هذه **عقـد الوصية** ، فهي هبة مضافة الى ما بعد الموت . فبمجرد وفاة الموصي وقبول الموصى له أو عـدم رده بعده الوفاة تتم الوصية ويصبح المـال ملكا له بلا حاجـة الى

←

وأي تشريع قديم أو حديث الى اليوم يرى أن الكتابة أو الاشارة أو أي وسيلة أخرى غير النطق هي الطريق الطبيعية الاصيلة في عقد العقود بوجه عام ، وان النطق فيها خلف وفرع ، فلا يقبل من الانسان شراء خبزه ولحمه وثوبه وسائر حاجاته اليومية من أسواقها بلسانه الا استثناء ؟!

فطبيعة الحال في الاعراب عن الارادة الجازمة هي الداعية الى اعتبار النطق أصلا في العقود ، **وليست هي عقيدة التأثير السحري للالفاظ !!**

تسليم ، لأن الشخص المنشىء للوصية لم يعد يتصور منه بعد الوفاة تسليم ، فبنيت الوصية على التسامح والاستثناء من القواعد القياسية في كثير من أحكامها ، تسهيلا لاعمال البر والخير •

الفرع الثالث

الشرائط العامة لانعقاد العقود

التمييز بين الشرائط العامة والخاصة - الشرائط العامة السبع وايضاحها - نتيجة فقدان شيء من شرائط الانعقاد •

١٦٤ - رأينا في البحثين السابقين مقومات العقد ، وهي العاقدان ، والمحل ، والموضوع ، والاركان ؛ وألممنا بما يتصل بهذه المقومات من مباحث عامة •

وكل من تلك المقومات تشترط له شرائط شرعية يجب أن تتوافر فيه ليتم تكوين العقد وانعقاده •

وشرائط الانعقاد هذه في العقود نوعان :

- شرائط عامة ، وهي التي يجب أن يتوافر وجودها في كل عقد •

- وشرائط خاصة ، وهي التي يشترط وجودها في بعض العقود دون سواها ، فان بعض العقود قد اختصها الشرع بشرائط اضافية علاوة على الشرائط العامة ، كاشتراط الشهود لانعقاد النكاح دون غيره من العقود ، وكالتسليم في العقود العينية كما تقدم ، وكعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتمليكات كالبيع والهبة ،

فان التعليق يبطلها كما سنرى في بحث الشروط العقدية (ر : ف/٢٩١ - ٢٩٢) •

فتلك الشرائط الخاصة ببعض العقود تذكر معها في أبوابها •

أما الشرائط العامة التي هي موضع بحثنا هنا فسبع شرائط ، هي :

١ - اهلية العاقدين •

٢ - قابلية محل العقد لحكمه •

٣ - أن لا يكون العقد ممنوعا بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان •

٤ - ان يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به •

٥ - أن يكون العقد مفيدا •

٦ - بقاء الايجاب صحيحا الى وقوع القبول •

٧ - اتحاد مجلس العقد •

واليك ايضاح هذه الشرائط فيما يلي :

١٦٥ - (اولا) - اهلية العاقدين :

والمراد بها أن يكون العاقدان متمتعين بالصفات التي تسوغ لهما شرعا مباشرة العقد •

فمن ليس بأهل أصلا لممارسة العقود مطلقا ، كالمجنون ، والصغير غير المميز ، لا ينعقد عقده •

وقد تنقص أهلية الممارسة نقصانا ولا تكون معدومة ، فحينئذ تختلف آثار نقصانها في أنواع العقود •

وسنرى تفصيل ذلك في نظرية الأهلية التي سنفرد لها بابا خاصا •

١٦٦ – (ثانيا) – قابلية محل العقد لحكمه :

فلا ينعقد بيع ما ليس بمال شرعا كالجفية مثلا ، ولا بيع المال الموقوف ، لأن نتيجة البيع تمليك المال المبيع للمشتري ، وان المال الموقوف محجور عن التملك والتمليك الا في حالات خاصة على سبيل الاستبدال ، فلا ينعقد بيعه في غيرها لعدم قابلية المحل ، بخلاف الاجارة فان المال الموقوف يقبلها فتنعقد عليه •

وكذلك لا ينعقد رهن الاموال التي يتسارع اليها الفساد كالخضراوات الطازجة ، والجمد[1] (أي الجليد) ، لأن حكم الرهن احتباس المرهون لأجل استيفاء الدين منه عند عدم الاداء في ميعاده ، وهذه الأموال لا تقبل الحفظ والاحتباس مع بقاء منافعها •

١٦٧ – (ثالثا) – ان لا يكون العقد ممنوعا بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان :

وذلك لأن العقد الممنوع شرعا تحت طائلة البطلان يعتبر في نظر الفقهاء غير مشروع من أصله ، منافيا للنظام الشرعي العام •

فلا تنعقد الهبة من مال الصغير القاصر ، ولا بيعه بغبن فاحش ، سواء أكان الواهب والبائع هو الصغير أو وليه أو وصيه أو القاضي نفسه بمقتضى سلطته العامة عند عدم الولي الخاص •

وذلك لأن التبرع من مال الصغير لا يملكه أحد ، والبيع بغبن فاحش كالتبرع • فكان هذا العقد مما ليس لأحد سلطة عقده بحسب موضوعه ، فيصدر باطلا • حتى لو بلغ الصغير فأجازه لا تعتبر اجازته ،

---

(١) الجمد (بفتح فسكون) الماء المتجمد من البرودة •

لأن الباطل لايجوز (كما سنرى في بحث البطلان من نظرية المؤيدات) ، بل عليه أن يجدد عقده بعد بلوغه ان شاء • والقاعدة الفقهية في ذلك :

ان كل عقد يصدر ، ولا يوجد من يملك حق اجازتهوانعقاده عند صدوره ، يكون باطلا • (ر : البدائع ١٤٩/٥ ــ ١٥٠) •

والفقهاء يعبرون في تعليل بطلان هـــذا النوع من العقــود : بأن **الولاية الشرعية** منتفية فيه • ويقصدون بالولاية الشرعية في هـذا المقام أن يكون هنـاك من يملك شرعا سلطة ابرام هــذا العقد **ولو كان غير الشخص الذي تولى عقده فعلا** • فاذا لم تكن هــذه الولاية بهذا المعنى متوافرة كان العقد باطلا غير منعقد •

وهـذا بخلاف **الولاية الشخصية** وهي أن يكون شخص العاقـد ذا سلطة شرعيه ، بأن يكون مالكا أو نائبا عن المالك كالوكيل والوصي ، فان هــذه الولاية الشـخصية ليست شريطة انعقاد ، بـل ينعقد عقـد الفضــولي عن غيره ولكن يكون نفاذه متوقفا عــلى اجازة صاحب حق التصرف الصناعي •

ويلحظ في هـذا المقام أن العقد الممنوع شرعا تحت طائلة البطلان قد يعود سبب المنع فيـــه الى طريقة العقد كبيع الملامسة ، والمنــابذة ، والقاء الحجر ، مما منعه النبي عليه السلام في الماضي (ر : ف/١٣٦) ؛ أو يعود الى محل العقد كبيع المخدرات للاستعمال المحرم ، وكالاستئجار عــلى فعل الماضي أو ارتكاب الجرائـم ؛ أو يعود الى موضـوع العقد كالتبرع من مال القاصر • فكل هـذه العقود باطلة مهما كان سبب المنـع

الشرعي فيهـا بعد أن يكون المنع تحت طائلة البطلان صراحـة في النص أو استنتاجا أو قياسا[1] •

ومثل ذلك أيضا لدينا في سورية اليوم كل عقد يعقد بالنقود الذهبية، فانه باطل بعد أن منع التعاقد بها بقانون خاص[2] •

---

(١) وقد كان مثل ذلك لدينا في الاحكام القانونية ،منذ العهد العثماني، العقود المنشئة للحقوق العينية على العقار من بيع أو رهن وغيرهما • فقد اوجب القانون العثماني اجراء جميع هذه العقود العقارية في دائرة المكتب العقاري وتسجيلها في سـجله الرسمي تحت طائلة البطلان • فـلا تعتبر العقود العقارية اذا عقدت خارج السجل العقاري ولو كتب بها صك ، ولا يلزم الناكل عن تنفيذها وتسجيلها ، لبطلانها •

وعلى هذا درج الاجتهاد القضائي لدينا في فهم نصوص قانون الملكية العقاريـة ذي الرقم /٣٣٣٩/ الصـادر في عهد الانتداب الفرنسي سـنه / ١٩٣٠ / م •

غير أن الهيئة الجديدة لمحكمة التمييز السورية (محكمة النقض) قد عدلت أخـيرا عن الاجتهـاد السابق في فهم نصوص هـــذا القانون الاخير فقررت ان جميع هذه العقود العقارية تعتبر صحيحة في ذاتها ولو عقدت سراً ، ويصبح الادعاء بها وتلزم عاقدها قضاء بالتسجيل ، ولكن لا تنتقل الملكية بهذا العقد بين العاقدين ، ولا يسري مفعول العقد على غيرهما الا من تاريخ التسجيل •

(ر : القرار التمييزي الصادر في ١٨ ربيع الاول ١٣٦٨ هـ ــ ١٧ كانون الثاني/١٩٤٩ ، تحت رقم /٣/ أساس حقوق/٤٦) •

وهذا ما أخذ به وقرره أيضا القانون المدني السوري الذي صدر لدينا في سنة /١٩٤٩/ م خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل الفقهي •

(٢) هذا القانون قد صدر عن المفوض الفرنسي في ٢٦ كانون الثاني سنة ١٩٤٠ م تحت رقم / ١٨ ل ر / في عهد الانتداب الفرنسي على البلاد السورية واللبنانية ، ولا يزال معمولا به الى اليوم • فقد اعتبر التعامل بالذهب لاغيا ، وأوجب في العقود السابقة أن يدفع مقابل الذهب الملتزم به ورقا نقديا سوريا بمعدل السعر الرسمي الذي تذيعه المفوضية الفرنسية•

ويجب أن يلحظ أيضا في هذا المقام أن مجرد النهي الشرعي عن عقد من العقود ، ولــو بنص خاص صريح ، لا يستلزم أن يكون العقد ممنوعا تحت طائلة البطلان ما لم تقم قرينة على هذه الطائلة (الجزاء) في قصد الشارع • فمجرد النهي الشرعي عن عقد في نظر الاجتهاد الحنفي تارة يكون أثره عدم الانعقاد ، وتارة يكون العقد منعقدا رغم مخالفة النص، ولكنه مختل اختلالا يسمى « فسادا » ، كمـــا سنرى في بحث البطلان والفساد من نظرية المؤيدات التشريعية •

←

وقد جــاء فيه التعبير والترجمة بلفظ « **التعهــدات** Engagements » المعقودة بالذهب •

وقد تخبط لدينا القضاء الاجنبي الزائل والوطني الحاضر كثيرا في تطبيق هذا القانون ، حتى قضى بعض الحكام بأن الودائع الذهبية لا يكلف الوديع باعادتها عينا بل باعادة ما يعادلها من الورق النقدي بحسب التسعيرة الرسمية لا بسعر السوق • وبذلك يضيع على المودع أكثر من نصف قيمة الوديعة ، لان التســعيرة الرسمية لقيمة الذهب بالورق النقدي السوري أقل من نصف السعر الواقعي في السوق •

وهذا خطأ ، والصواب أن المراد بلفظ « **التعهدات** » الوارد في القانون المذكور انما هــو التعهدات التي يكون تنفيذهــا ناقلا للملكية ، كالبيــع والاجارة والصلح ، حتى النكاح اذا عقد على مهر بالنقود الذهبية ، وسائر المعاملات التي فيها تعهد بأداء مال يخرج من ملك ويدخل في ملك آخر •

فلا يشمل هذا عقد الايداع بل يجب أن تعاد الوديعة الذهبية عينا ، لان التعهد باعادتها ليس فيه نقل ملكية ، بل هي واجبة الحفظ على ملكية صاحبها المودع ، بدليل أن القانون المذكور لم يعتبر الذهب مادة ممنوعة الاقتناء وواجبة المصادرة ، بل منع التعامل به • فمن كان يحق له اقتناء الذهب وحفظه بنفسه يحق له حفظه ايداعا بواسطة غيره ، فيلزم الوديع رد عينه • وبذلك تزول بعض مظالم هذا القانون وسيئاته •

١٦٨ ـ (رابعا) ـ ان يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به:

بينا أول هـذا الفرع أن شرائط الانعقاد نوعـان : **عامـة وخاصة** (ر : ف/١٦٤) •

فيشترط بوجه عام لانعقاد أي عقد من العقود أن تتوافر فيه شرائط انعقاده الخاصة التي يتطلب الشرع توافرها فيه ان كان له شرائط خاصة به مطلوبة شرعا فيه دون غيره من العقود •

وذلك كالشهود مثلا في عقد النكاح فان الاشهاد شريطة فيـه دون غيره • فلا ينعقد النكاح الا اذا توافرت فيـــه ـ الى جانب بقية الشرائط العامة ـ هذه الشريطة الخاصة به •

وكذلك العقد العيني مثلا ، فانه لا يتم انعقاده الا اذا حصـل فيه ، علاوة على الايجاب والقبول ، تسليم الشيء محل العقد • وهلم جرا •

١٦٩ ـ (خامسا) ـ كون العقد مفيدا :

فلا ينعقد الرهن مثلا في مقابل الامانة كما لو أخذ المودع رهنا على الوديع لقاء الوديعة ، لأن الوديعة أمانة غير مضمونة على الوديع فاذا هلكت بلا تعد ولا تقصير منه في حفظها لا يحق لصاحبها المودع أن يستوفي قيمتها من الرهن ، فكان الرهن غير مفيد •

(ر : رد المحتار في الرهن ٥/٣١٧/ وفي الوقف ٣/٣٦٧) •

وكذا لا يعتبر ، في قواعد الاجتهاد الحنفي ، التعاقد بين اثنين عـلى عـدم الاشتغال في التجارة مثلا ، لأن حرية الانســان في اختيار الوسيلة المشروعة لاكتسابه هي من النظام العام في الاسلام ، وهذا العقد لا يقيده ، فيكون غـير مفيد •

وكذلك لا يعتبر التعاقد على عوض يأخذه أحد العاقدين لقاء أمر واجب عليه شرعا بدون عقد ، كما لو تعاقد على أخذ عوض لقاء كفه وامتناعه عن فعل جريمة ، فهذا التعاقد باطل لا يستحق فيه العوض ، لأن الشخص ملزم شرعا بهذا الامتناع من غير حاجة الى عقد .

وعلى هذا يقرر الفقهاء في قواعد عقد الصلح أن الصلح على بقاء ما هو مستحق البقاء باطل ، فاذا دفع فيه بدل فللدافع استرداده .

(ر : « الفوائد البهية في القواعد الفقهية » للشيخ محمود حمزة ص/١٤٨) .

ويقررون أيضا في الاجارة انه لا ينعقد استئجار الرجل زوجته على خدمة بيت الزوجية وادارته بأجرة شهرية لأن هذه الادارة يوجبها الشرع عليها ديانة بحسب استطاعتها دون تعاقد . وبوجه عام يقررون عدم جواز استئجار شخص للقيام بشيء من الواجبات الدينية التي يجب عليه القيام بها قبل العاقد . وقد استثنوا من ذلك جواز الاستئجار على الاذان والامامة **وتعليم القرآن** للضرورة ، ولم يجيزوه على قراءة القرآن (ر : البدائع ٤/١٩١ - ١٩٢) .

١٧٠ - (سادسا) - بقاء الايجاب صحيحا الى وقوع القبول :

فرجوع الموجب عن ايجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر مبطل للايجاب ، فلا يعتبر القبول بعده . وكذا وفاة الموجب أو زوال أهليته قبل القبول .

وهذا قد يكثر في حالات التعاقد بالكتابة بين الغائبين ، فقد يرسل شخص كتابا يتضمن ايجاب العقد من طرفه ، ثم يموت أو يجن قبل وصول الكتاب ، فلا يعتبر عندئذ قبول المرسل اليه عندما يصل

اليه الكتاب وبقرؤه ، لانهدام الايجاب المبني عليـــه بوفاة الموجب قبـل وقوع القبول •

١٧١ ـ (سابعا) ـ اتحاد مجلس العقد :

مجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد ، فيغلو الايجاب اذا انفض المجلس قبل القبول ، ولا ينعقد العقد بالقبول بعد ذلك ، بل يعتبر هـذا القبول ايجابا جديدا يبـدأ به مجلس جديد •

ونظرية مجلس العقد هذه تحدد أجلا للقبول يكون للقابل فيه حق التروي ، فيقبل في خلاله ، دون اضطرار الى القبول فور الايجاب •

وتعليل ذلك أن القبول في الاصل ، من الوجهة النظرية ، يجب أن يتصل بالايجاب مباشرة وفورا لينعقد العقد[١] •

ولكن لصعوبة ذلك جعل فقهاؤنا للعقد مجلسا تعتبر ساعاته وحدة زمانيـــة •

وعن هذا قال الفقهاء : « **ان المجلس يجمع المتفرقات** » •

(ر : البدائع ٥/١٣٧ ، والهداية أول البيوع ٥/٤٦٠) •

---

(١) وهذا ما ذهب اليه الاجتهاد الشافعي ، فاشترط فورية القبول بعد الايجاب ليتحقق الارتباط الشرعي • وفي هذا ضيق وحرج ، ولكنه يقابله أن الاجتهاد الشافعي قد أخذ **بمبدأ خيار المجلس** لكلا العاقدين بعد العقد في البيع واشباهه من العقود اللازمة القابلة للفسخ ، فيثبت لكل من الطرفين حق فسخ العقد ما داما في اجتماعهما لم يفترقا عن المجلس ، كما سيأتي (ر : ف/١٩٦) •

ويحدد مجلس العقد بفترة تبدأ منذ الايجاب ، وتنتهي اما بالاتفاق وانعقاد العقد ، واما بافتراق الطرفين ، أو باعراض أحدهما ، كما لو قام معرضا أو اشتغل بشأن آخر •

ولا فرق بين اعراض الموجب القابل في قطع المجلس ، لأن الايجاب وحده لا يقيد الموجب ، فرجوعه قبل القبول مبطل للايجاب[1] •

فاذا كان الايجاب بالكتاب الى غائب فمجلس العقد انما يبدأ منذ قراءة الغائب للكتاب ؛ فاذا أقبل في مجلسه تم العقد واذا انقضى مجلسه بالاعراض بطل الايجاب (ر : الهداية وشروحها ٥/٤٦١ ، والاشباه ج٢ الفن الثالث ص/١٩٦) •

على أن لهذه القاعدة استثناءات :

أ ـ فان قبول الموصى له أو رده يشترط وقوعه بعد وفاة الموصي ؛

---

(١) يتراءى من نصوص فقهاء المذهبين الحنفي والشافعي في تصوير مجلس العقد انهم يعتبرون فيه عنصرين : « أحدهما) مكان العاقدين ، و (الثاني) وضعهما ، وهو حالة اقبال العاقدين على التفاوض • فيختلف مجلس العقد بتبدل أحد هذين العنصرين :

(أ) ـ فاذا تبدل مكان العاقدين بين الايجاب والقبول يبطل الايجاب فلا ينعقد بالقبول بعد ذلك ولو ظلا يتفاوضان •

(ب) ـ واذا انقطعت حالة التفاوض باعراض أحدهما بعد الايجاب لم ينعقد العقد أيضا بالقبول بعد ذلك ولو بقيا في مكانهما •

لكننا نرى انه لا يوجد دليل شرعي على العنصر المكاني فاقتصرنا هنا في تصوير مجلس العقد على العنصر الثاني وهو حالة التفاوض لانه هو الاقرب الى سماحة الشريعة ومقاصدها ، وهو الذي قد تشعر به نصوص فقهاء المذهب الحنبلي اذ يصرحون بأن :« **حالة المجلس كحالة العقد** » (ر : الشرح الكبير على المقنع ٤/٤) •

ولا يعتبر قبوله ولا رده قبل الوفاة •

ويكفي لاعتباره قابلا بعد الوفاة أن يسكت فلا يرد الوصيه • حتى لو مات بلا قبول ولا رد بعد وفاة الموصي كان المال الموصى به ميراثا لورثة الموصى له استحسانا •

ب ـ وكذا في الوكالة والوقف اذا وكل غائبا ؛ أو وقف على غائب ، فانه يعتبر مجلس علم الوكيل أو الموقوف عليه ؛ فاذا لم يردا فيه الوكالة أو الوقف كنا مبرمين •

١٧٢ ـ خلاصة عن شرائط الانعقاد وشرائط الصحة :

بينا فيما سبق أن هذه الشرائط السبع التي أوضحناها يتوقف على تحققها جميعا تكوين كل عقد فهي **شرائط إنعقاد عامة** •

فاذا فقدت واحدة من هـــذه الشرائط في عقد مـن العقود كانت النتيجة عدم انعقاد العقد شرعا وان وجدت صورته حسا ؛ فيكون وجـود العقد كعدمه في النظر الشرعي ، فلا تترتب عليه النتائج والالتزامات التي رتبها الشرع على انعقاده •

وعندئذ يسمى العقد في اصطلاح الفقهاء : **عقدا باطلا** •

وهناك شرائط شرعية سوى هذه تسمى : **شرائط الصحة** ادا فقد شيء منها لا يبطل العقد ، بل يكون منعقدا ، لكنه يعتبر مختلا في بعض النواحي الفرعية منه غير الاساسية • وذلك كجهالة أحد البدلين في عقد البيع ، أو جهالة الاجل المشروط لبعض الالتزامات في العقد كما لو تبايع اثنان دون تحديد الثمن أو تبايعا بثمن مؤجل دون تحديد الاجـل ، اذ يوقع تنفيذ مثل هـــذا العقد في نزاع مشكل بين الطرفين يتعذر على القضاء

حله ، لان الجهالة حجة لكل من الطرفين في التمسك بالاكثر أو بالاقل ، على حسب مصلحته .

وعندئذ يكون العقد بنحو هذا الاختلال مستوجبا للفسخ ، ويسمى **عقدا فاسدا** ، في نظر الاجتهاد الحنفي .

وشرائط الصحة معظمها شرائط خاصة يشترط منها في كل عقد ما لا يشترط في غيره . وان فهم مبانيها اجمالا يتوقف على ايضاح فكرة الفساد ونتائجه مما سنراه في نظرية المؤيدات الشرعية ، فلذا لم نتعرض هنا لبحث شيء من شرائط الصحة .

على أن معظم الاجتهادات الاسلامية ، سوى الاجتهاد الحنفي ، لم تفرق بين البطلان والفساد ؛ فتعتبر العقد بين حالين فقط : اما منعقدا صحيحا ، واما باطلا غير منعقد .

الفرع الرابع

الارادة العقدية

المبحث الأول

أقسام الارادة

الارادة الظاهرة ـ الارادة الحقيقية الباطنة

١٧٣ ـ تنقسم الارادة الى قسمين : **حقيقية** ، **وظاهرة** .

فأما الارادة الحقيقية فهي الارادة الباطنة التي لا يطلع عليها .

وأمـا الارادة الظاهرة فهي التي تبرز بالتعبـير او ما يقوم مقامـه كالتعاطي •

١٧٤ – (أ) – الارادة الباطنة الحقيقية :

فالارادة الباطنه وحدها لا تقوم مقام الافعال والانشاءات فلا ينعقد بمجرد النية عقد ولو تصادق الطرفان على وجود نيتهما • ومن نوى طلاقا أو وقفا مثلا لا يصبح بمجرد نيته وعزيمته مطلقا ولا واقفا • فكل ما كان فعلا لا يتم بمجرد النية •

ولكن للنية تأثيرا توجيهيا معتبراً شرعا في وصف ما تصاحبه ، فاذ صاحبت فعلا أو تركا صبغته بصبغة واكسبته صفة يترتب عليها حكم مدني مخصـوص في نظر الشريعة[1] (ر : الاشـباه والنظائر ، الفن الاول ، ص/٤٣) •

وعلى هـــذا فان السكوت لا يعتبر في الاصـل قبولا ، وكان من القواعد انه **لا ينسب الى ساكت قول** (المجلة/٦٧) •

واذا كان الفقهاء قـد انتهوا الى تصحيح التعاقد في بعض الاحـوال

---

(١) مثال ذلك أن نية التملك في احراز المباحات تجعل الاحراز مكسبا للملكية • وفي أحكام الضمان قالوا أن الوديع اذا استعمل الوديعة المؤتمن على حفظها اعتبر معتديا عليها فيضمنها اذا تلفت كالغاصب • فاذا تركها وأعادها الى الحفظ ناويا أن يعود الى استعمالها يبقى غاصبا ضامنا لها اذا تلفت.ولو كان تلفها بدون صنعه أو تقصيره •

وأما اذا تركها وحفظها بنية الكف عن استعمالها فانه تزول عنه صفة التعدي ويعود أمينا ، فلا يضمنها اذا تلفت •

وفي الجنايات تعتبر النية هي الاساس الشرعي في التمييز العمد من الخطا ، ويجري فيها تحكيم القرائن (ر : المجلة/٢ وشروحها) •

دون ما لفظ فما ذلك منهم الا بعد الاستيثاق من وجود عمل ظاهري أو قرينة تقوم مقام اللفظ ؛ كمـــا في بيع التعاطي الآنف الشرح ، فان فيه فعلا تنفيذيا قام مقام اللفظ ؛ وكما في تجدد عقد الاجارة بالسكوت اذا عقد الطرفان الايجار **كـل شــهر باجرة معينــة** ، حيث ينعقد على شـــهر واحد ؛ ثم كلما دخل شهر جديد ، وهما ساكتان دون فسخ ، تجددت الاجارة بينهما •

ولو أنذر المؤجر المستأجر بزيادة الاجرة اعتبارا من الشــهر القادم فاستمر في السكنى حتى دخل الشهر وهــو ساكت اعتبر قبولا ، ولزمته الاجرة الزائدة (م/٤٣٨ و ٤٩٤)[١] •

وكذا سكوت الفتاة البكر اذا استأمرهـا ــ أي استأذنها ــ وليها في عقد نكاحها ، اذ يعتبر سكوتها اذنـا وتوكيلا بالعقد اسـتنادا الى دلالـة العادة والعرف ، لان المعتـــاد من أمثالها الاســتحياء عن اظهـــار الرغبة لا عن الرفض •

والقاعدة في السكوت أنه لا أثر له الا في أنــواع من الاسقاطات ، كسقوط حق الشفعة بالسكوت عن الطلب ، وسقوط خيار البلوغ بسكوت الفتاة عن فسخ النكاح ، كما يعرف في مواضعه •

١٧٥ ـ ب ـ الارادة الظاهرة :

وأما الارادة الظاهرة ، وهي التعبير عن الارادة الحقيقية بكلام أو بفعل صادر من المتعاقد المختار ، فهي العامل في العقد دون حاجة الى البحث

---

(١) هذا مقيد لدينا اليوم بقوانين تمديد عقود الايجار التي تمنـع المؤجر من حق التخلية أو زيــادة الاجرة عن النسبة التي عينها القانون ، فلا يعتبر اليوم هذا السكوت قبولا ملزما •

عن الارادة الحقيقية الباطنة ، ما دامت تلك الارادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل ينفيها ، فتبقى الارادة الظاهرة هي المنفردة في ميدان البيان ؛ فتكون دليلا كافيا على وجود الارادة الحقيقية ، وتثبت أحكام العقد بهذه الارادة الظاهرة التي تعتبر عندئذ هي العامل في أصل انعقاد العقد ، وفي تحديد حدوده وقيوده الالتزامية •

ويعد من الارادة الظاهرة في حدود العقد وقيوده ما دلت عليه قرائن الحال ، أو عرف الناس وعاداتهم ، لان للقرائن والاعراف دلالات اضافية ملحوظة يعتمد عليها المتعاقدان ويستغنيان بها عن التعبير والتصريح ؛ فيجب أن تعتبر دلالتها كالتعبير ، ولـذا كان لها في نظر فقهاء الشريعة أثر بعيد المدى في تفسير العقد وتحديد حدوده والتزاماته :

ـ فعقد البيع الذي لم يبين فيه توابع المبيع يدخل فيه ما دلت الحال على دخوله •

ففي بيع البقرة الحلوب مثلا يدخل ، بلا ذكر في العقد ، فلوها المحضر معها الى محل البيع •

ـ وعقد الاجارة اذا لم يبين فيه مبدأ مدة الاجارة تعتبر المدة من تاريخ العقد •

ـ والتوكيل بالشراء يتقيد الوكيل فيه بثمن المثل •

ـ وتوكيل الحمال غيره بشراء دابة يقع على دواب الحمل لا دواب الركوب •

ـ وعقد البيع والاجارة ونحوهما اذا لم يبين فيه كيفية دفع البدل ، وكانت عادة الناس فيـه التقسيط ، كان البدل مقسطا على حسب عادتهم ؛ وهلم جرا ...

وذلك لان الارادة الحقيقية في جميع ذلك وأمثاله تعتبر ، بدلالة القرينـة أو العرف ، ظاهرة غير باقيـة في حيز البطون والخفاء ؛ وان استيعاب الحدود والقيود عسـير ، فيفترض فيه اعتماد العاقد على القرينة أو العرف .

البحث الثاني

خفاء الارادة الحقيقية ، وانتفاؤها ، والاشتباه فيها

الفرق بين خفاء الارادة الحقيقية وانتفائها والاشتباه فيها ونتائج ذلك :

اولا ـ نظريـة صورية العقود ـ الهزل والمواضـعة أو التلجئـة ـ المواضعة فـي البدل ـ المواضعة في الشخص ، او قضية « الاسم المستعار » .

ثانيـا ـ نظريـة شـوائب الارادة او عيوب الرضى .

١٧٦ ـ ان عمل الارادة الظاهرة في انعقاد العقود ، وان لم يحتج فيه الى البحث عن وجود الارادة الباطنة الحقيقية ، فيتوقف تأثيره اذا ظهر معه انتفاء هذه الارادة الحقيقية ؛ لان الارادة الحقيقية لم تبق مستورة في الخفاء والارادة الظاهرة هي المنفردة في التعبير عنها بل برزت أدلة أخرى تعارض دلالة الارادة الظاهرة وتثبت انتفاء الارادة الحقيقية أو الاشتباه والارتياب فيها .

فيجب أن يلاحظ الفرق في هذا المقام بين ثلاث حالات :

(١) خفاء الارادة الحقيقية (٢) وانتفائها (٣) والاشتباه فيها •

ـ فخفاؤها لا عبرة لـه ، لان الارادة الظاهرة بالايجاب والقبـول قامت مقامها •

ـ وأما انتفاؤها فيفيد أن الايجاب والقبول لم يعبرا تعبيراً صادقاً عن القصد الى العقد •

ـ وأما الاشتباه فيها فهو حد وسط بين الخفاء والانتفاء عندما تكون الارادة الحقيقية مفروضة الوجود ولا دليل على انتفائها ، ولكنها مشوبة بعلة مؤثرة تجعلنا في شك من موقف العاقد في الاقدام على العقد لولا تأثر ارادته بذلك المؤثر •

وبناء على الحالتين الاخيرتين (انتفاء الارادة العقدية ، والاشتباه فيها) تولدت نظريتان :

ـ نظرية **صورية العقود** •

ـ ونظرية **شوائب الارادة ؛ او عيوب الرضا** :

أ) ـ فاذا كان اتفاق الطرفين في العقد ظاهريا فقط ، وتحقق انتفاء الارادة الحقيقية في أصل العقد ، كان **العقـد صوريا** ، أي أن فيه مظهر العقد وصورته فقط لا حقيقته وجوهره •

ب) ـ واذا كانت الارادة الحقيقية لـم يتحقق انتفاؤها ؛ وانمـا وجد ما يجعلنا في شبهة وشك من أمرها كان العقد صحيحا ، ولكن في ركنه علة فادحة تضعف الرابطة العقدية ، وتسمى في الاصطلاح القانوني **عيوب الرضى** •

وسنعرض أحوال صورية العقود وعيوب الرضى وأحكامها في المطلبين التاليين :

المطلب الاول

صورية العقود

١٧٧ ـ تتجلى صورية العقود في حالتين :

(١) ـ حالة المواضعة أو التلجئة . (٢) ـ وحالة الهزل .

الشعبة الاولى

المواضعة

فأما المواضعة فهي أن يتفق المتعاقدان سرا على خلاف ما سيعلنان وتحتها ثلاث صور وهي : المواضعة في أصل العقد ، وفي البدل ، وفي الشخص .

١٧٨ ـ أ ـ المواضعة في أصل العقد :

هي أن يتواطأ المتعاقدان ويتفقا سرا قبل العقد على انهما سيعقدان العقد بصورة ظاهرية فقط ، ايهاما لغيرهما ، دون أن يكون في الواقع منعقدا بينهما ، وذلك لمأرب لهما أو لاحدهما فيما يعلنان من العقد الكاذب .

وكثيرا ما يحصل هذا من المدينين ، اذ يبيعون أموالهم مواضعة لتهريبها من وجه الدائنين ، أو يعقدون مداينات وقروضا صورية على أنفسهم لبعض أخصائهم أو أقاربهم ليزاحموا الدائنين الحقيقيين في اقتسام

مال المدين المفلس ، ثم يعيدونه سرا الى المدين الدين تواطؤوا معه على المداينة الكاذبة .

وقد يكون الباعث على المواضعة الخوف من جور سلطان ظالم أو غاصب متسلط ، ولا سيما في الاماكن أو العصور التي يسود فيها الاستبداد ويضعف سلطان القضاء ، فيلتجيء صاحب المال الى غيره ويتفق معه على أن يبيعه اياه بيعا ظاهرا غير حقيقي .

وقد تكون المواضعة واردة على الاقرار بمبلغ أو بعقد لا على انشاء العقد ، فيقر المورث مثلا لبعض ورثته بدين أو بعقد ليكون ذلك وسيلة وذريعة لتفضيله في النصيب الارثي على غيره من الورثة .

ولما في المواضعة من تواطؤ سري بين الطرفين تسمى : **مواطأة أو تواطؤا** . ولما فيها من التجاء الشخص الى غيره بهذا التعاقد ، ليتخذ من العقد الصوري معه ستارا ظاهريا خوفا على غاصب أو ظالم تسمى أيضا في هذه الحال : **تلجئة** .

فهذا النوع من المواضعة ، سواء أكان متعلقا بانشاء العقد أو بالاقرار به ، يجعل العقد والاقرار به باطلين في الواقع ، وان كانا قائمين في الظاهر ، وذلك لانتفاء الارادة الحقيقية من أصل العقد أو الاقرار .

وعند الاختلاف في أن العقد أو الاقرار مواضعة أو حقيقة يعتبر حقيقيا ، ويؤخذ قضاء بقول من يتمسك به حتى يثبت الطرف الآخر المواضعة .

ولكل من الطرفين أن يدعي المواضعة ويثبتها ، أو أن يطلب تحليف خصمه على نفيها .

وللشخص الثالث المتضرر من المواضعة كالدائن أو الوارث أن يدعي أيضا بها ويثبتها ، ويطلب التحليف على نفيها ، توصلا الى اثبات بطلان العقد أو الاقرار الصوريين •

(ر : البدائع ٥/١٧٦ ـ ١٧٧ ، وتنقيح الفتاوى الحامدية ، ١/٢٣٠) •

١٧٩ ـ ب ـ المواضعة في البدل :

وقد تكون المواضعة انما تهدف الى مقدار البدل المتعاقد عليه دون أصل العقد • وعندئذ لا تبطل المواضعة العقد ، بل ينحصر تأثيرها في تعديل البدل الظاهر واعتبار ما جرت عليه المواضعة في السر •

فقد يتواضع الطرفان على بدل في السر أقل مما يتعاقدان عليه علنا وهذا كثير الوقوع في عقود الانكحة ابتغاء الشهرة والسمعة بالمهر الكثير[١] •

---

(١) قد فشت في بلادنا هذه العادة السيئة في عقود النكاح ، فيعقدون على مهور غالية وهم متفقون على مهور سرية معتدلة أقل مما يعلنونه في العقد رياء وسمعة وان أهالي الزوجات مندفعون الى ذلك بعاملين :

ـ عامل الرغبة في التساهل مع الرجل الكفء الخاطب •

ـ وعامل الرغبة في سمعة غلاء المهر باعتبار انه من مظاهر الشرف !!

وهذا في الحقيقة من فساد المقاييس الاجتماعية والعقلية ، فان التساهل في المهور اذا كان مطلوبا شرعيا وعقليا واجتماعيا لتسهيل الزواج وازالة العراقيل من سبيله فمن الواجب اعلانه ليقتدي الناس بعضهم ببعض في تخفيض مهور النساء ، ويألفوه ولا يجدوا حرجا في ترك تقاليدهم الفاسدة الفارغة ، ويصبح التباهي والتشرف بهذا التساهل في المهور ، لا في التغالي ، ليكون المنظور اليه انما هو مزايا الزوج وفضائله لا كثرة ماله •

وان عادة المواضعة هذه في مهور السمعة كثيرا ما تنشأ عنها مشكلات قضائية تربك المحاكم في الاثباتات عند الاختلاف في حقيقة المهر بوفاة أحد الزوجين او بوقوع الطلاق •

وكثيرا ما كان الناس يلجؤون الى ذلك في بيع العقار احتيالا لمنع صاحب الشفعة فيه من أن يطلب أخذه بالشفعة عندما يرى ثمنه غاليا •

ولكن هذه الطريقة قد زالت اليوم من أساليب الناس في بلادنا منذ صدور قانون الملكية العقارية ذي الرقم /٣٣٣٩/ الذي تنص المادة /٢٥١/ منه على انه عند اختلاف الشفيع ومشتري العقار في الثمن الحقيقي الذي وقع به الشراء يتولى القاضي تحديد القيمة بواسطة خبراء[1] •

وقد يتواضع المتعاقدان على بدل في السر أكثر مما يعلنان ، ويحصل ذلك في بيع العقار بغية تخفيف رسوم الانتقال المطروحة على أساس البدل•

ففي جميع صور المواضعة على مقدار البدل يعتبر بدل السر المتواضع عليه اذا صرح الطرفان عند المواضعة بأن البدل الذي سيذكر في العقد هو بدل صوري لا عبرة له •

وأما اذا لم يصرحا بذلك عند المواضعة فالعبرة للبدل المتعاقد عليه علنا، لانه هو الاصل الظاهر الاعتبار ، اذ كثيرا ما يتفاوض الطرفان على بدل ، ثم يتغير رأيهما فيتفقان في العقد على خلافه ، فلا يبطل اعتبار مقدار البدل الظاهر في العقد الا اذا كانا قد صرحا في المواضعة بعدم اعتباره (ر : البدائع ٥/١٧٧)[2] •

---

(١) سبقت الاشارة الى أن حق الشفعة قد الغاه القانون المدني السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل ، فلم يبق لدينا مجال لتطبيق هذا الحكم (ر : ف/١٠٥ الحاشية) •

(٢) الشروط المتفق عليها قبل العقد اذا لم يصرح بها بعد ذلك حين ←

١٨٠ ـ ج ـ المواضعة في الشخص ، أو قضية « الاسم المستعار » ٠

وقد تكون الصورية المتواضع عليها في الشخص المتعاقد لا في أصل العقد ، وذلك كما في الشخص المسخر الذي يتعاقد ويعمل ويكتب باسمه لمصلحته الشخصية في الظاهر ، ولمصلحة غيره في الباطن ، ثم يعلن أن كل عقوده وأملاكه أو بعضها هي في الواقع لذلك الغير ، وأن اسمه فيها مستعار عن اسمه ، وهي قضية : **الاسم المستعار** ٠

فالمواضعة هنا انما هي بين العامل باسمه ظاهرا ، ومن يعمل لمصلحته

←

التعاقد ففي سريانها على العقد اختلاف الاجتهادات ٠ والاصل في الاجتهاد الحنبلي سريانها ٠ قال شيخ الاسلام ابن تيمية في كتابه : « **قاعدة العقود** » :

> « **ان أصل المذهب ان الشروط المتقدمة على العقد كالمقارنة له ، فاذا تواطآ ثم عقدا العقد مطلقا حمل على خلاف ما شرط عليه ٠ وهذا غدر ونكث لا يلزم معه العقد** »
> (ر : « قاعدة العقود » ص /٢٠٤/ الطبعة الاولى ، مطبعة السنة المحمدية) ٠

ونلفت النظر بهذه المناسبة الى أن هذا الكتاب « **قاعدة العقود** » لابن تيمية قد نقلنا عن نسخة مخطوطة منه في الطبعة الثالثة من كتابنا هذا « المدخل الفقهي » في غير هذا الوضع ٠

ثم طبع هذا الكتاب بعد ذلك في مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٨ هـ ـ ١٩٤٩ بمساعي واشراف الاستاذ الشيخ محمد حامد الفقي ٠ ولكن هذا الاستاذ الناشر قد غير اسم الكتاب فسماه « **نظرية العقد** » لابن تيمية وقدم له مقدمة تشعر بأنه قد غير اسمه لان موضوعه هو ما يسميه علماء القانون من الافرنج : « **نظرية العقد** » ٠

وقد عزونا نحن الآن الى النسخة المطبوعة باسمها الاصلي لاننا لانقر للاستاذ الناشر هذا التغيير في اسم الكتاب ، اذ لا يجوز له ذلك لاسباب معلومة غنية عن البيان رغم مساعيه المشكورة في طبعه ونشره ٠

باطنا ، فهي من قبيل الوكالة السرية يتواطأ الطرفان على اخفائها ، وظهور الوكيل بمظهر الاصيل •

فعندئذ يحل الشخص الحقيقي محل الشخص الصوري ، أي يحل المستعار له الاسم محل المعير ، فتكون ثمرات العقود والاكتسابات للمستعار له ، ضمن حدود وقيود شرعية وقانونية ترى في محلاتها ، لصيانة حقوق الاشخاص الآخرين ، خوفا من أن يتخذ اعلان عارية الاسم وسيلة لتهريب المال من بين يدي من تعلق به حقهم ؛ كما لو أقر بذلك المريض مرض الموت ، أو المفلس •

وقد تناولت المجلة مسألة الاسم المستعار وبينت حكمها اجمالا في الفصل الثاني من كتاب الاقرار (المجلة / ١٥٩١ ـ ١٥٩٣) •

الشعبة الثانية

الهزل

١٨١ ـ الهزل ضد الجد (بكسر الجيم) ، وهو كلام العابث اللاعب ، أو المستهزىء الذي لا يقصد أن تترتب على كلامه أحكامه وآثاره الشرعية •

ويتحقق الهزل في التصرفات القولية بأحد طرق :

ـ اما بتصريح مقارن للعقد من الطرفين أو أحدهما بأن يقول مثلا : اني أبيع ، أو أهب ، أو أعير ، هازلا •

ـ واما بمواضعة سابقة ، بأن يتواضع الطرفان على أن العقد الذي سيعقدانه هو هزل أو لعب لا يراد حكمه ، ثم يعقدا متفاهمين على هذا الاساس •

ـ واما بقرائن الحال التي تدل على أن المتكلم هازل أو مستهزىء •

فالهازل ، وان كان يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ، هو عابث لا يريد الحكم ، بل يأباه •

ولذا يعتبر العقد بالهزل عقدا صوريا باطلا غير منعقد ، فلا يترتب عليه حكم أصلا • فلو كان بيعا لا يفيد انتقال ملكية المبيع ولو قبضه المشتري ، لانتفاء الارادة الحقيقية منه[1] •

والظاهر من عبارات الفقهاء ، أنه عند الاختلاف بين العاقدين في كون العقد هزلا أو جدا فالقول لمن يتمسك بالجد لانه الاصل في الكلام ؛ ومن القواعد أن « **اعمال الكلام اولى من اهماله** » ؛ وللطرف الآخر اثبات الهزل ، كما تقدم بيانه في المواضعة ، لان الهزل و لمواضعة أخوان •

---

(١) اختلف النظر الفقهي في عقد الهازل :

ـ فقيل هو منعقد فاسد ، لكنه لا يترتب عليه حكم ، فالمشتري الهازل لا يملك المبيع بالقبض • والمستعير الهازل لا يجوز له الانتفاع بالعارية ، وهكذا •

ـ وقيل هو باطل غير منعقد ، لانتفاء الارادة فيه ، بالنسبة الى أصل العقد ، بدليل انه لا يترتب عليه حكم باتفاق آراء الفقهاء ، وهذه نتيجة البطلان •

والمحققون من فقهائنا على هذا الرأي الثاني ، فهم يذكرون في شتى المناسبات أن عقد الهازل باطل غير منعقد •

(: البدائع ١٧٦/٥ ، وفتح القدير للكمال بن الهمام ٤٥٩/٥ ورد المحتار ٧/٤) •

وهذا هو الرأي الاوجه بالنظر الى المبادىء العامة التي أثبتناها عن الارادة العقدية وأقسامها وأحكامها ، فلذا رجحنا هذا البناء على اعتباره باطلا ، وعددناه في العقود الصورية •

١٨٢ ـ هذا ، وان الصورية لباس يمكن أن تلبسه جميع العقود والتصرفات القوليـــة ، فتفقد بـه اعتبارهـا وأحكامهـا ، الا في ثلاثـة لـم يقبل التشريع الاسلامي فيها صورية ، بل أعطى فيها التصرف القولي الظاهر نتائجه كاملة ، دون نظر الى الارادة الحقيقية . وهذه المستثنيات الثلاثة هي : **النكاح ، والطلاق ، والعتاق** ، لقول الرســول صلى الله عليه وسلم :

« ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتاق » .

فعقد النكاح الجاري بالهزل أو بالمواضعة على صوريته يصح وينتج نتائجه بين المتعاقدين ، فيحل المتعة بينهما ، ويلزمهما بوجائبه .

المطلب الثاني

شوائب الارادة ، او عيوب الرضى

١٨٣ ـ نريد بشوائب الارادة ، كما سلفت الاشارة اليه ، حالات لا يحكم معها بانتفاء الارادة العقدية الحقيقية ، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الارادة من كل شائبة ؛ بل يوجد آفة أصابت ارادة العاقد ، ولا يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحا كاملا ملزما .

وهذه الشوائب في نظر الفقه الاسلامي

اما أن تنشأ عن سبب قـــد رافق **ولادة الارادة** ، وأثر في تكوينها أو في توجيهها منذ البداية تأثيرا فاسدا ، كالوليد الذي يولد مشوه الخلقة ، كما يرى في حالة الاكراه على التعاقد .

ـ واما أن تنشــأ أحيانا عن سبب « طارىء » غـير ملحوظ عنـد

التعاقد يؤدي الى اختلال في تنفيذ العقد ، فتعتبر الارادة معيبة مؤوفة[1] لانه لم **يتحقق التراضي على اساسه** ، كما في حالة تلف بعض المبيع قبل التسليم ، فيختل رضى المشتري بالباقي وحده بحصته من الثمن وهي الحالة التي سنراها تحت عنوان : **تفرق الصفقة** •

فالسبب الطارىء على الارادة التي ولدت سليمة هو في مثل هذه الحال يرجع على الارادة ويعيبها كالسبب المرافق لولادتها[2] •

وهـذه الشوائب التي تسمى في الاصـطلاح القانوني الحـديث : **عيوب الرضى** ، ترجع جميع صورها الى أربع حالات عامة هي :

الاكراه ، والخلابة ، والغلط ، واختلال التنفيذ •

وبعض هذه الحالات يعتبر أصلا تتفرع منه فروع عديدة •

ويمكننا تصنيف عيوب الرضى هذه الى صنفين :

ـ **الصنف الاول** : العيوب المرافقـة لتكوين العقد ، وهي الثلاثـة الاول : الاكراه ، والخلابة ، والغلط •

ـ **الصنف الثاني** : ما ينشـأ من عيوب الرضى بسبب طـارىء بعد تكوين العقد لكنه ذو تأثير في الرضى السابق ، وهو العيب الرابع : اختلال التنفيـذ •

وسنتولى في الشعب التالية من البحث تفصيل هـذه العيوب بصنفيها وتفاريعها ، وتلخيص أحكامها :

---

(١) **مؤوفة** ، بفتح فضم على صيغة المفعول ، أي مصابة بآفة •

(٢) في الفقه الاجنبي لا يعتبر عيبا للارادة الا ما كان مرافقا لها منذ تكوينها •

الشعبة الاولى

في عيوب الرضى المرافقة لتكوين العقد

أ) ــ الاكراه[1]

١٨٤ ــ ان الاكراه أهم عيوب الرضى في الفقه الاسلامي ، لانــه يأسر الارادة ويقسرها مباشرة • والفقهاء يفردون له كتابا خاصا ، وأحكاما وآثارا مفصلة ، بالنسبة الى العقود والى سائر التصرفات القولية والفعلية ، من مدنية وجزائية ودينية • والذي يهمنا منه هنا بالدرجة الاولى ما يتعلق بأثره في العقود •

وقبل بيان أحكامه يحسن ايضاح معنى كلمات ثلاث قد بنيت أحكام الاكراه على حدود معانيها وجودا وعدما • وتلك الكلمات الثلاث هي : **الارادة ، والاختيار ، والرضى :**

ــ فالارادة هي مجرد اعتزام الفعل ، والاتجاه اليه •

ــ أما الاختيار فمعناه التمكن من ترجيح فعل الشيء أو تركه •

ــ وأما الرضى فهو الرغبة في الفعل ، والارتياح اليه •

---

(١) نظرا لاتحاد الرسم الكتابي بين اسم الفاعل واسم المفعول مــن الاكراه وهو « **مكره** » (بكسـر الراء في الفاعل وفتحها في المفعول • ومنعاً لاشتباه النطق عــلى القارىء كي لا يحتاج الى الاعتماد على المعنى في التمييز بينهما • قد التزمت في هذا الكتاب أن آخذ اســم الفاعل من « **الاكراه** » واسم المفعول من « الاستكراه » فنقول في الفاعل « **مكره** » (بكسر الراء) وفي المفعول « **مستكره** » (بفتح الراء) اقتباسا من الحديث النبوي القائل « ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وقد تقدم ذكره (ر : ف/٤٧) •

ان جميع الافعال الصادرة من الانسان لا تصـــدر منه الا عن ارادة واختيار • فيعتبر المرء مريدا لفعله متى اعتزمه واتجه اليه • وكذا يعتبر مختارا فيه ما دام متمكناً أن يمتنع عنه ولو أنه سيلحقه من جراء هـــذا الامتناع ضرر عظيم ، لانه لم يقدم على الفعل الا وقد رجحه على الامتناع اجتنابا للضرر ، وقد كان في امكانه أن يمتنع ويتلقى الضرر •

ولكن الاختيار قـد يكون **صحيحا سليما** ، وذلك اذا كان الفعل منبعثا عن ارادة حرة ؛ وقد يكون الاختيار الموجود **فاســدا غير سـليم** ، وذلك اذا كان ترجيحا لاهون شرين أو ضررين • ففي هذه الحال يكون الاختيار موجودا ، والرضى مفقودا[١] • فيتضح من ذلك :

أ) ـ أن الارادة أعم هذه الاحوال •

ب) ـ وان الاختيار هـــو مرتبة أخص من الارادة ؛ لان المريـد يكون متمكنا من خلاف ما يريـد أو غير متمكن ، أي قـد يكون مختارا أو مجبرا •

ج) ـ وان الرضى مرتبـة أخص من الاختيار ، لان الانسان قـد يأتي الفعـل مختارا ، أي متمكنا من عـــدمه ، ولكنه غير راض بـه ، أي غير راغب فيـه مرتاح اليـه ، كمن يقاتل دفاعا عن نفسه لا رغبـة في القتال[٢] :

---

(١) قال في التوضيح وشرحه (١٩٦/٢) ما نصه : « **وحقيقة الاختيار هو القصد الى مقدور متردد بين الوجود والعدم ، بترجيح أحـد جانبيه على الآخر • فان استقل الفاعل في قصده فاختياره صحيح ، والا ففاسد** »•

(١) ر : « **أصول الفقه** » للشيخ محمد الخضري ص /١٢٧/ الطبعة الاولى ، و « كشف الاسرار » (٣٨٢/٤) وما بعدها ، وكليات أبي البقاء مادة (**الارادة**) •

ـ فمن دخل الجندية مثلا في زمننا هـذا طائعا عندما جاء دوره في نظام اجباري لا يقبل فيه من الرعايا المكلفين بدل مالي عنها فهو مريد لهذا الدخول غير مختار فيه •

ـ فاذا كان البدل المالي مقبولا منه عنها ، فرجح أن يدفعه دونهـا وهو كاره فهو في دفعه مريد ومختار ، لكنه فاسد الاختيار •

ـ فان تطوع في دخـول الجندية في نظام غير اجباري أو تطوع في دخولها ثانيا بعدما أداها في نظام اجباري ، رغبة في زيادة أداء الواجب فهو مريد مختار راض •

٢/١٨٤ ـ تعريف الاكراه وتقسيمه :

بعد هذه الملاحظة الايضاحية نستطيع تعريف الاكراه بأنه :

هو الضغط على انسان بوسيلة مرهبة ، او بتهديده بها لاجباره على فعل او ترك •

يتبين من هذا التعريف ملاحظتان :

ـ أن للاكراه صورتين : اما أن يكره شخص شخصا آخر بفعل مضر يوقعه به ، فيلتمس المستكره الخلاص عن طريق الاستجابة لما يطلب منه فعله **رفعا للضرر الواقع** •

واما أن يهدده تهديدا بايقاع هـذا الضرر به ان لـم يفعل ، فيطيع عندئذ تحت تأثير الرهبة **دفعا للضرر المتوقع** في حالة الامتناع •

ويشترط الفقهاء في صـورة الاكراه بالتهديد أن يكون من يقـوم بالتهديد قادرا على التنفيذ ، والا لم يكن هناك رهبة ، وفي النتيجة لا اكراه •

والصورة الاولى (حالة الايقاع) يسميها القانون **اكراها حسيا** .
والثانية (حالة التهديد) يسمونها : **اكراها نفسيا** . وهي تسمية حسنة .

٢ ـ ان الامر المستكره عليه قد يكون ايجابيا أو سلبيا ، أي فعلا أو تركا :

ـ فمثال الفعل الاكراه على اجراء عقد .

ـ ومثال الترك اكراه شخص على عدم فسخ بيع مشروط له فيه الخيار الى مدة محدودة حتى مضت مدة الخيار .

ثم ان الاكراه ، بالنظر الى شدته ودرجة تأثيره بحسب قوة الوسيلة المرهبة المستعملة فيه ، يقسمه فقهاؤنا الى نوعين :

ـ **اكراه تام ، او ملجيء :** وهو ما كان فيه خشية اتلاف نفس أو تعطيل عضو ، أو كان فيه ضرب شديد مبرح ونحوه ، أو حبس مديد أو قيد مديد[1] أو عمل مهين لذي جاه ، وأمثال ذلك من الوسائل الشديدة القوية التأثير ، سواء أكان على نفسه أو على من يحرص عليه كأبيه أو ابنه أو زوجه .

ـ **واكراه ناقص ، او غير ملجيء :** وهو ما كانت وسيلته لا توجب الا ألما خفيفا أو غما يسيرا ، كضرب خفيف ، أو تهديد به .

وان شئت فقل في هذا التقسيم : **اكراه قوي ، واكراه ضعيف** .
فالاكراه الملجيء ، أو القوي ، يعتبر مفقدا للرضى ، ومفسدا للاختيار .
وغير الملجيء ، أو الضعيف ، يفقد الرضى ولا يفسد الاختيار .

---

(١) يفسرون المديد هنا بانه ما تجاوزت مدته يوما واحدا (رد المحتار ٥/٨١) .

ويختلف اعتبار الوسيلة مرهبة أو غير مرهبة بحسب حال الشخص: فما يرهب المريض أو المرأة ربما لا يرهب السليم أو الرجل .

ولا يشترط أن تكون الوسيلة مادية فقد تكون الوسيلة الادبية أكثر تأثيرا بالنسبة الى بعض الاشخاص . فلو هدد رجل زوجته بالطلاق حتى أبرأته من مهرها أو وهبته شيئا كان هذا لها اكراها معتبرا . وكـذا لو منع ابنته من الزفاف لزوجها حتى اعترفت بقبض ميراثها من أمها (على خلاف في صورة الطلاق) (ر : رد المحتار ٥/١٣٤ ـ ١٣٥) .

١٨٥ ـ فالتصرفات القولية كافة يشترط لصحتها ولنفاذها الرضى بمعناه السالف الشـرح . فلذا يؤثر فيها كلهـا الاكراه بنوعية القوي والضعيف ، أي الملجىء وغير الملجىء ، فيسلبها قوتها الملزمة أو نفاذها ؛ سـواء أكانت من العقود ، أو من تصرفات الارادة المنفردة ، كالابراء ، والاقرار ، واسقاط حق الشفعة . فلو فعلها انسان مستكرها ، ولو باكراه ضعيف ، كان بعد زوال الاكراه مخيرا بين الامضاء والالغاء (م/١٠٠٦ ـ ١٠٠٧) .

ويشترط الفقهاء في الاكراه ليكون مؤثرا في العقد أن لا يكون الاكراه مشروعا ، وذلك عندما يكون مجرد عدوان عـلى الارادة بلا حق . فلو كان الاكراه بحق ، أي مشروعا ، فلا تأثير له ، كاكراه القاضي مدينا على بيع ماله الزائد عن حاجته لاجل وفاء الدين ، فان للقاضي حق اكراه كل متخلف عن تنفيذ واجب عليه وهو قادر .

وهذه الشريطة في الاكراه ـ وهي أن لا يكون مشروعا ـ تتلاقى مـع اشتراط علمـاء القانون في الاكراه أن تكون **وسيلته وغايتـه غير مشروعتين** . فلو كانتا كلتاهما مشروعتين ، كما لو هـدد الدائن المدين برفع الدعوى عليه أمـام القضاء حتى أكرهه بذلك عـلى اعطائه رهنا ،

فان هـذا الاكراه لا يقدح في سـلامة عقد الرهن .

يتضح من جميع ما تقدم بيانه أن الاكراه عـلى اجراء عقد لا يمنع انعقاد ذلك العقد ، لان الضرر فيه انما هـو ضرر خاص مقصـور على العاقد . فيكفي لحمايـة العاقد المستكره منحه الخيار ، أي حـق ابطال عقده ، فانه قـد يرى بعد زوال الاكراه أن ما استكره عليـه لا يتنافى مع مصلحته ؛ بل ربما يكون في الواقع راغبا ضمنا في اجراء ذلك العقد .

فلذلك تعتبر الارادة الحقيقية منتفية مع الاكراه كانتفائها في حالات صورية العقد ؛ بل اعتبر الاكراه شبهة ظاهرة تورث الارتياب في تحقق الارادة الحقيقية ، فيقتصر تأثيرها على جعل العقد غير ملزم لعاقده ؛ فيكون للعاقد بالاكراه الخيار بين تثبيت عقده وابطاله .

وهذا الحكم محل اختلاف في الاجتهادات الاسلامية[1] .

---

* (١) اختلف النظر الفقهي في نوع تأثير الاكراه في العقود ودرجته :

أ ـ فذهب بعض الفقهاء الى أن الاكراه عـلى عقد يمنع انعقاد ذلك العقد ، فيجعله باطلا أصلا .

ب ـ وذهب أبـو حنيفة الى أن الاكراه يفسد العقد افسادا فقط ، لا ابطالا ، وتترتب عليه الاحكام المقررة لفساد العقود (والعقد الفاسد عند الحنفية هو منعقد لا باطل ، لكنه مستحق الفسخ) الا من ناحية واحدة ، وهي انه بعد زوال الاكراه لو أجاز المستكره العقد الذي عقده تحت الاكراه يصح هذا العقد ويصبح ملزما ، لان الفساد انما كان صيانة لمصلحته وحقه الخاص لا لمصلحة شرعية عامة .

وقد سبق أن أشرنا الى ايضاح معنى الفسـاد اجمالا (ف/١٧١) وسنرى تفصيل الفرق بين الفساد والبطلان عند الحنفية في موضعه من نظرية المؤيدات الشرعية (ف/٣٦٢/ وما بعدها) .

←

٢/١٨٥ ـ ويستثني الحنفية وحدهم من التصرفات القوليـة مالا يؤثر فيها الهزل ـ أي ما لا تجري فيه الصـورية على ما سبق بيانه في

←

ج ـ وذهب زفر بن الهذيل ، تلميذ أبي حنيفة ، الى أن الاكراه يجعل العقد غير نافذ ، فهو كعقد الفضولي صحيح موقوف بالنسبة الى المستكره، فيتوقف على اجازته بعد زوال الاكراه : فان أجازه جاز ، وان أبطله بطل ، لان الاكراه انما يخل بحق المستكره ومصلحته ، فيكفي لحمايته جعـل العقد موقوف النفاذ على رضـاه بعد زوال الاكراه • ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أن العقد المعقود بالاكراه اذا أجازه العاقد المستكره بعد زوال الاكراه يجوز ويلزم ، وهذا دليل توقف العقد لا فساده ، لان العقد الفاسد بفسخ فسخا ولا يجاز اجازة • (ر : البدائع ١٨٨/٧ ، والهداية ورد المحتار كتاب الاكراه) •

والرأي المرجـح في المذهب الحنفي رأي أبي حنيفة في فسـاد العقد بالاكراه • لكن رأي تلميذه زفر كما ترى أقوى دليـلا وأوجه وان المـادة /١٠٠٦/ من المجلة العدلية قد تشعر باختيارها رأي زفر وبناء حكمها عليه•

وهذا ما عليه النظريات القانونية في الفقه الاجنبي ، فان علماء القانون يقررون أن العقد مع الاكراه صحيح قابل للابطال بطلب من العاقدالمستكره، كسائر العقود المشوبة بأحد عيوب الرضى •

د ـ وقريب من هذا مذهب المالكية ، فان الاجتهاد المالكي عـلى أن العقد بالاكراه منعقد صحيح لكنـه غير ملزم ، بل للمستكره الخيـار في ابطاله • ويسوون في ذلك بين الاكراه المباشر **والضغط** • وهـو ، أي الضغط عندهم ، أن يقع الاكراه لا على العقد مباشرة ، بل على سبب آخر اضطر المضغوط الى العقد ، كمن أكرهه السلطان على دفع مال ظلما فاضطر لبيع ماله حتى يؤديه • وهذا يسمى عندهم : **بيع المضغوط** • واختلفوا في اشتراط علم المشتري بضغط البائع ليجوز له ابطال العقد (ر : حاشية الحطاب ٢٤٨/٤/ والدسوقي ٦/٣) •

هـ ـ أما الشافعية فقد أخـذوا بنظرية البطلان فقرروا : ان العقود وسائر التصرفات القولية تعتبر مع الاكراه باطلة من أصلها ؛ لان الرضى عندهم شريطة انعقاد ، وان الاختيار والرضى في نظرهم مفهومان متلازمان ،

→

صورية العقود : وهو النكاح ، والطلاق ، والاعتاق (ر : ف/١٨٢) فان الاكراه عليها لا تأثير له في نفاذها ، بل تنفذ في حالة الاكراه كما في حالة الرضى عندهم • وهذا منهم قياس لحالة الاكراه على حالة الهزل الاستثنائية في هذه العقود والتصرفات •

ولكن في الاكراه على الطلاق مما فيه تبعة مالية ، يرجع الزوج على المكره بالمهر • واذا كان المكره للزوج على الطلاق هو الزوجة نفسها سقط مهرها[١]

←

فلا وجود لاحدهما دون الآخر ، والاكراه يسلبهما ؛ وان من يتصرف تحت الاكراه لم يقصد الى انشاء العقد وانما قصد الى انقاذ نفسه • فالالفاظ المعبرة عن الارادة تفقد في حالة الاكراه دلالتها ، لا فرق في ذلك بين النكاح والطلاق وغيرهما ، على خلاف رأي الحنفية الذي بسطناه في امكان انفكاك الاختيار عن الرضى (**ر** : « **الملكية ونظرية العقد** » للاستاذ أبي زهرة **ف/٢٦٢ - ٢٦٣** / ، **والمبسوط** للسرخسي ج ٢٤ ص / ٥٦-٥٩ /) •

★ (١) هذا حكم الاكراه على التصرفات القولية في الاجتهادات •

أما التصرفات الفعلية التي فيها عدوان على الغير فرأي الحنفية فيها انها ان كانت مما يباح عند الضرورة ، كغصب مال الغير واتلافه ، فانها يؤثر فيها الاكراه القوي ، أي الملجيء ، فيبيحها ، ويكون المكره الحامل هو المسؤول دون الفاعل • ولا يؤثر فيها غير الملجيء اذ يكفي للمسؤولية فيها الاختيار الصحيح ، ولا يشترط الرضى • فلو فعلها انسان باكراه غير ملجيء يكون هو المسؤول بالمال دون الحامل المكره ، لنقصان الاكراه غير الملجيء بالنسبة الى خطورة الفعل المكره عليه ، لانه ليس مفسدا لاختيار الفاعل •

وان كانت مما لا يباح عند الضرورة ، كقتل الغير ، فانه لا يبيحه الاكراه مطلقا ولو أكره عليه بالقتل • لكن اذا أطاع الاكراه فقتل من يراد قتله فان العقوبة الخاصة وهي القصاص تكون على الحامل المكره لا على الفاعل •

راي الجمهور في الموضوع :

غير أن جمهور المجتهدين خالفوا الحنفية ولم يقبلوا هذا القياس ، ففرقوا بين الاكراه والهزل في هذه التصرفات الثلاثة التي لا يؤثر فيها الهزل ، وقرروا أن الاكراه يؤثر فيها ويمنع صحتها أو لزومها (على الاختلاف بين الاجتهادات الاسلامية في أثر الاكراه) كما في سائر التصرفات . وذلك بخلاف الهزل ، لان الهازل مختار في مباشرة السبب لكنه لا يريد ثبوت حكمه ، فيمكن اثبات الحكم رغما عنه اذا اقتضت المصلحة التشريعية ذلك .

أما المتصرف بالاكراه فغير مختار ، فلا يسوغ الزامه ، ولا سيما أن نصوص الشريعة صريحة في عدم مؤاخذة الانسان بما استكره عليه .

ورأي الجمهور في نظرنا أوجه وأجرى مع حكمة التشريع[1] .

٢) ـ الخلابة[2]

١٨٦ ـ الخلابة في العقد هي :

أن يخدع احد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضى في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها .

---

(١) نلفت النظر الى انه بعد الطبعة الثالثة لهذا المدخل الفقهي العام أصدر الاستاذ العلامة عبد الرزاق السنهوري الجزء الثاني من كتابه الجديد القيم « **مصادر الحق في الفقه الاسلامي** » وفيه مزيد بسط لنظرية الاكراه في فقه المذاهب الاسلامية ، ولعيوب الرضى بوجه عام ، مقارنة بالفقه الاجنبي فليرجع اليه من يريد مزيدا من التفصيل لا يتسع له هذا المدخل .

(٢) **الخلابة** : (بكسر الخاء المعجمة) معناها في اللغة الخديعة . وهي ←

وأصل فكرتها الفقهية ما ورد في الحديث النبوي أن حبّان[1] بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في المبايعات فقال النبي عليه السلام :

« اذا بايعت فقل : لا خلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام » (٢)

←

مصدر من « خلبه يخلبه » اذا خدعه بالقول اللطيف • ومنه قولهم **سحاب أو برق خلّب** (بضم الخاء وتشديد اللام المفتوحة ، وازن : سكر) اذا كان يوهم انه ممطر وهو فارغ (ر : النهاية لابن الاثير) •

ونلفت النظر سلفا هنا الى أننا اخترنا لفظ « **الخلابة** » عنوانا عاما لجميع صور الخديعة التي يسميها علماء القانون في نظرية العقد ، وبعض فقهاء الشريعة الاسلامية « **تدليسا** » كما سننبه عليه في آخر بحث الخلابة ، مع بيان سبب ترجيحنا لفظها على لفظ التدليس •

(١) **حبان** : بفتح الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة •

(٢) هـذا الحديث رواه الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر ، وقد تلقى جميع فقهاء الشريعة هذا الحديث بالقبول واحتجوا بـه لصحة سنده ؛ ولكن اتجاهاتهم في الاستنباط منـه مختلفة :

ـ فمنهم من يجعله واردا في جواز خيار الشرط في المعاوضات المالية ، كما تقدمت الاشارة اليه في بحث القياس (ر ف ٣/١١ ثامنا) وهذا ماذهب اليه الاجتهاد الحنفي (ر : الهداية وفتح القدير ، باب خيار الشرط ، من كتاب البيوع ٤٩٨/٥) وهذا الاتجاه تركيز للنظر على الجملة الثانية من الحديث المتضمنة الارشاد الى اشتراط الخيار مدة من الزمن للتروي •

ـ ومنهم من ينظر الى الجملة الاولى على انها ذات دلالة مستقلة وهي منع الخلابة (ي الخديعة) في المعاملات ، ويتخذون منه دليلا على أن كـل خديعة يلجأ اليها أحد المتبايعين تجاه الآخر ويترتب عليها زيادة في التزامات المخدوع أو نقص من حقه فانها توجب له الخيار •

وهذا الاتجاه هو الظاهرة في الاجتهاد الحنبلي (مع الشـرح الكبير على المقنع ج ٤ ص / ٦٩ ـ ٩٠ / و ١١٣) •

فهذا الحديث النبوي قد تضمن جملتين :

ـ **الاولى** تمنع في المبايعة كل خديعة ، وهي الخلابة • وهي منع ثابت بحكم الشرع وان لم يشترطه المتعاقد ، وانما ذكره للتنبيه والتحذير • ومقتضى هذا المنع ثبوت الخيار للمخدوع : فان شاء أمضى العقد وان شاء أبطله اذا ثبتت الخديعة • وظاهر أن غير البيع نظير البيع في هذا الحكم ، لان الخديعة ممنوعة شرعا في المعاملات بوجه عام ، وفي جميع الاحوال •

والمقصود من ايجاب هذا الخيار رفع الضرر الحاصل للعاقد من الخديعة •

ـ **والجملة الثانية** تنص على خيار التروي المسمى **خيار الشرط** وقد تقدم ذكره في أمثله القياس • وهذا يحتاج الى اشتراط لان المقصود منه أن يأخذ العاقد المحتاج الى التروي والمشورة فرصة كافية يتمكن بها من ذلك • وليس سببه أمرا ممنوعا شرعا كالخداع والغش • وليس كل عاقد يحتاج الى هذا التروي ؟ فلذا لا يثبت هذا الخيار الا لمن يشترطه من العاقدين •

والخلابة حالة عامة من شوائب الارادة العقدية لا تنحصر في صور ووسائل معينة ، بل كل وسيلة من وسائل التمويه على العاقد وايهامه لحمله على التعاقد تدخل في الخلابة •

وتتجلى الخلابة سافرة في عدة صور وسائل شاعت بين الناس فخصها فقهاء المذاهب بالذكر ، وبعضها تناولته السنة النبوية بنهي خاص • فمن هذه الصور البارزة في الخلابة أربع صور مشهورة هي : **الخيانة ، والتناجش ، والتغرير ، وتدليس العيب** •

١٨٧ ـ اولا ـ الخيانة :

فالخيانة يصورها الفقهاء في **بيوع الامانة** [١] ، كما لو باع شيئا بربح معين على رأس ماله المبين ، وكذب في بيان رأس المال فقال انه عشرة مثلا ، وهو في الواقع أقل • فهذا من البائع خيانة قد خلب بها المشتري ليستخلص منه ربحا أكثر مما اتفقا عليه • فلذا يمنح المشتري في رأي بعض الفقهاء حق ابطال العقد ، وفي رأي آخر يحط من الثمن مقدار الخيانة مع مقدار نسبتها من الربح : فاذا كان مقدار الخيانة ربع رأس المال يحط معها من الثمن ربع الربح المشروط أيضا (ر : رد المحتار ٤/١٥٥) •

٢/١٨٧ ـ ثانيا ـ التناجش :

وأما التناجش ، أو النجش [٢] ، فهو أن يتواطأ صاحب سلعة مع شخص ليتظاهر هذا بالرغبة في شرائها ويدفع فيها أكثر من قيمتها وهو لا يريد شراءها ، بل ليوهم غيره مزاحمة تغريه بالشراء • وقد نهى النبي (ص) عن التناجش ، لانه من قبيل الخلابة •

---

(١) البيع اما أن يحدد الثمن فيه بين المتبايعين بمفاوضة مستقلة غير منظور فيها الى رأس مال البائع ، وهذا هو « **بيع المساومة** » ؛ واما أن يحدد فيه الثمن على أساس رأس مال البائع ، وهذا هو « **بيع الامانة** » •

وعندئذ : ان كان البيع باضافة ربح محدود من رأس المال سمي : **مرابحة** ؛ وان كان بلا ربح سمي : **تولية** ، وان كان بخسارة محدودة سمي: **وضيعة** •

(٢) النجش (بفتح فسكون ، أو بفتحتين) في الاصل من أعمال الصيد • يقال : نجش الرجل الصيد ينجشه نجشا ، اذا استثاره وحاشه لتحويله من مكانه الى مكان آخر يسهل فيه اقتناصه (لسان العرب) • ثم استعمل في استثارة حماس المساوم الى الشراء بالمزاحمة الكاذبة •

والتناجش في نظر فقهاء الشـريعة يعيب الرضى ، فيعطى المشتري بسببه حـق ابطال العقد بشـرط أن يؤدي الى غبن المشتري في الثمن **غبنـا فاحشا** [1] • هـذا ما عليه جمهور الفقهاء والمذاهب الثلاثـة (المـالكي ، والشافعي ، والحنبلي) • أمـا في المذهب الحنفي فالتناجش

---

(١) الغبن (بفتح فسكون) هو أن تطغى مصلحة أحد المتعاقدين على مصلحة الآخر بحيث لا يكون تواز بين ما يأخذ وما يعطي •

وأصله في اللغة من قولهم : **غبن الثوب** ، اذا ثناه فخاطه لاجل تضييقه أو تقصيره • ويمكن أن يقع الغبن من الطرفين في عقود المعارضة كالبيـع والاجارة والصلح والقسمة ، كما لو باع أحد شيئا بأكثر من قيمة المثل أو بأقل ، فان البائع غابن في الاكثر ومغبون في الاقل •

والغبن بالنظر الى مقداره يقسمه الفقهاء الى قسـمين : غبن يسير ، وغبن فاحش •

فالغبن اليسير : هو ما لا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد بين الناس في الاسعار ، كما لو بيع شيء بعشرة دنانير مثلا ، ولو عرض على أهل الخبرة يقدره بعضهم بعشرة وبعضهم بتسعة • فالواحد المختلف فيه يعتبر غبنا يسيرا لانه ــ كما يقول الفقهاء ــ **يدخل تحت تقويم المقومين** ، أي يتناوله تقدير بعضهم للقيمة •

وأما **الغبن الفاحش** : فهو ما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الاسعار ، كما لو كان الشيء المبيع بعشرة يقدره بعض الخبراء بثمانية وبعضهم بتسعة أو سبعة بحيث لا تدخل العشرة في تقدير أحـد من الخبراء • فالفرق بين العشرة وبين أعلى تقدير من خبير أمين هو غبن فاحش •

عـلى أن متأخري فقهاء المـذهب الحنفي لجؤوا ، ضبطا للمقاييس القضائيـة ، الى تحديد الغبن الفاحش بما يعادل **نصف عشـر** القيمة في العروض المنقولة ، **والعشر** في الحيوان ، **والخمس** في العقارات • فما بلغ من الغبن هذه الحدود فهو غبن فاحش وما دونه يسـير • وبهذا أخـذت المجلة في المادة /١٦٥/ منها •

ويلحظ أن الغبن اليسير لا تأثير له في نظر الفقهاء غالبا ، لانه لا يمكن التحرز منه فمتى ذكر الغبن في المواطن التي لـه فيها تأثير يراد به الغبن الفاحش •

لا يعيب الرضى فلا يسوغ أبطال العقد ، ترجيحا لاستقرار التعامل ،٠ لكنه مكروه ديانة[1] كراهة تحريمية (ر : الشرح الكبير ٤/٧٩ ورد المحتار ٤/١٣٢) ٠

وفقهاء المالكية يجرون قياس التناجش في جانب المشتري أيضا ، كما في بيوع المزايدة اذا تواطأ المشتري مع منافسيه على أن يكفوا عن المزايدة ليتمكن من شراء السلعة بثمن بخس ٠ ففي هذا أيضا ينص المالكية على اثبات الخيار للبائع في ابطال العقد ، لانه مناجشة من المشتري كمناجشة البائع ٠ (ر : شرح الخرشي وحاشية العدوى ٥/٨٣) ٠

٣/١٨٧ ـ ثالثا ـ التغرير :

وأما التغرير فهو في اللغة ايقاع شخص في الغرر (بفتحتين) ، أي في الخطر (ر : لسان العرب) ٠

والمراد به هنا في اصطلاح الفقهاء : الاغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة ، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد ، وحمله عليه ٠

ان التغرير ينقسم الى نوعين :

ـ تغرير في السعر ، ويسميه فقهاء الشريعة : **تغريرا قوليا** ٠

ـ وتغرير في الوصف ، ويسمونه :**تغريرا فعليا**[2] ٠

---

(١) انظر معنى حكم الديانة وحكم القضاء في أول الكتاب (ف/٣ـ٤)٠

(٢) ان فقهاءنا يقسمون التغرير الى **قولي وفعلي** ، ناظرين الى الوسيلة المستخدمة فيه ٠

←

أ ـ التغرير في السعر :

فالتغرير القولي في السعر كما لو قال البائع أو المؤجر ، للمشتري أو للمستأجر : ان هذا الشيء يساوي أكثر ولا تجد مثله بهذا السعر ، أو دفع لي فلان فيه كذا فلم أقبل ، ونحو ذلك من المغريات الكاذبة ٠

فاذا صحب التغرير القولي في السعر غبن فاحش فقد أوجب الفقهاء للمغبون حق ابطال العقد دفعا للضرر عنه نظرا الى أن رضاه بما حصل ليس سليما ، بسبب التغرير (ر : رد المحتار) ٠

ب ـ التغرير في الوصف :

والتغرير الفعلي في الوصف ، يكون بتزوير وصف في محل العقد يوهم المتعاقد في المعقود عليه مزية مصطنعة غير حقيقية وذلك كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع ، بأن يضع الجيد منها في الاعلى ليكون هو المنظور كالوجه لها ، ويجعل الرديء في الاسفل ٠ وكذا اذا كان ماء الرحى (الطاحون المائي) قليلا ، فحبس بائعها الماء ثم أرسله عند عرضها على البيع ليوهم المشتري أن ماءها ـ وهو قوتها المحركة ـ

←

ـ ويريدون بالقولي نفس ما أسميناه « **تغريرا في السعر** » لان أسعار الاشياء ليست صفات منظورة فيها ، فالوسيلة الطبيعية للاغراء في السعر هي الكلام والبيان الكاذب ٠

ـ ويريدون بالتغرير الفعلي نفس ما أسميناه « **تغريرا في الوصف** » لان ايهام الشخص بصفة كاذبة في الشيء يكون بواسطة فعل يوهم في ذلك الشيء صفة مصطنعة ٠

فلذلك رجحنا نحن في التسمية والتقسيم النظر الى الغاية من التغرير ، لا الى الوسيلة ، فقلنا : **تغرير في السعر ، وتغرير في الوصف** ، لانه أوضح وأكثر انسجاما بين الاسم والحكم ٠

غزير دفاق • ومن هـــذا القبيل اليوم في عصرنا تلاعب بائـع السـيارة المستعملة بعداد المسافة فيها وارجاع أرقامه لايهام المشتري قلة استعمالها •

ومن أشـهر أمثلة التغرير في دواب الحلب التي تقتنى لاجل اللبن تصريه هذه الدواب عند بيعها ، وذلك بأن تكون الشاة أو البقرة أو الناقة قليلة اللبن أو ناضبه ، فيربط صاحبها أخلاف[1] ضرعها مدة حتى يجتمع لبنها ويحفل ضرعها ، أي يمتلىء ، ثم يعرضها للبيع ايهاما بغزارة لبنها • فاذا حلبها المشتري أول مرة ظهر له بعدها نضوب اللبن • وهي معروفة عند الفقهاء بمسألة : **الشاة المصرّاة(٢)** •

وقد نهى النبي عليه الســـلام عن تصرية الابل والغنم ، وثبت عنه أنــه قال : « **بيع المحفلات** (٤) **خلابة** » • وجمهور الفقهاء على أن هـذا النوع من التغرير ـ أعني التغرير الفعلي في الوصف ـ يوجب للمغرور خيارا في ابطال العقد ولـو لم يصحبه غبن ، لانه قد يكون مقصوده تلك الصفة الموهم بها في المعقود عليه ؛ فهي صفة ملحوظة عند التعاقد ، فيوجب فواتها الخيار للعاقد المغرور كفوات الصفة المشروطة •

---

(١) **الاخلاف :** لضرع الناقة ونحوها كالحلمات لاثداء النساء ، مفردها خلف (بكسر فسكون) •

(٢) **المصراة :** (بضم الميم وتشديد الراء المفتوحة) : اسم مفعول من التصرية ؛ وهي في أصل اللغة حبس الماء بسد مجراه ، ثم استعمل لحبس اللبن في الضرع •

(٣) روى هذا الحديث ابن ماجه وابن عبد البر (ر : الشرح الكبير على المقنع لابن قدامة طبعة المنار مع المغني ٤/٨٠) •

(٤) **المحفلة** (بفتح الفاء المددة) : اسم مفعول من **التحفيل** ، بمعنى التصرية والتجميع ، ومنه يقال لمجامع الناس : محافل •

(ر : المغني والشرح الكبير ٤/٨٠ ـ ٨١)[1] ٠

---

(١) في قضية الشاة المصراة اختلاف وكلام طويل في فقه المذاهب الاجتهادية ٠ فقد روي في الصحيحين عن النبي (صلى الله عليه وسلم) انه قال :

« لا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها فانه بخير النظرين بعد أن يحلبها : ان شاء أمسك ، وان شاء ردها وصاعا من تمر » ٠

وقد اختلفت الاجتهادات في ذلك :

ـ فمنهم من أوجب ردها مع صاع من تمر مطلقا دون نظر الى كمية اللبن المحلوب منها ، عملا بظاهر الحديث ٠

ـ وذهب أبو حنيفة الى عدم ردها وانما يرجع المشتري بنقصان قيمتها ان كانت أنقص مما اشتراها به ٠

ـ وذهب أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة ، في رواية عنه ، الى أن المشتري يردها مع قيمة اللبن المحلوب لا مع صاع من تمر ، لانه قد يكون أقل أو أكثر قيمة ٠ (ر : رد المحتار ٤/٩٦ ـ ٩٧) ٠

فأبو يوسف يحمل ما ورد في الحديث من رد صاع تمر على أن النبي عليه السلام لحظ تكافؤه مع اللبن المحلوب في تلك الحادثة ، والتمر هو المال الميسور اذ ذاك فقضى به ٠ ولكن الاصل الواجب في التعادل هو القيمة٠

ورأي أبي يوسف كما ترى ، في هذه القضية ، هو أعدل الآراء وأوجهها فقها ، وهو الذي يجب التعويل عليه ، وهو أحسن من قول امامه أبي حنيفة بالرجوع بنقصان قيمة الدابة المصراة فقط دون فسخ العقد ، اذ قد يكون غرض المشتري انما هو الصفة الفائتة الموهم بوجودها في المبيع ٠

وان المجلة لم تبحث في هذه المسألة ، وكان عليها أن تتناولها وتختار رأي أبي يوسف ٠

وقد غلا بعض رجال المذهب الاخرى ، ومنهم ابن القيم في كتابه « أعلام الموقعين » في انتقاد قول أبي حنيفة بعدم رد الشاة المصراة ٠

←

٤/١٨٧ ـ رابعا ـ تدليس العيب :

وأما تدليس العيب فهو كتمان أحد المتعاقدين عيبا خفيا يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة ، كالبيع والاجارة •

وفقهاء الاسلام مجمعون على أن تدليس العيب يوجب للمتعاقد المدلس عليه حقا في ابطال العقد يسمى : **خيار العيب** ، فيرد المبيع أو المأجور المعيب على البائع المدلس أو على المؤجر ، ويفسخ العقد •

وليس معنى ذلك أن المشتري ومن في معناه لايثبت له خيار العيب اذا لم يكن البائع عالما بالعيب عند البيع ، بل الخيار يثبت شرعا للمشتري على كل حال اذا ظهر في المبيع عيب كان خفيا على المشتري ولو لم يكن البائع عالما به عند البيع ، لان المفروض في كل عقد أن رضى المتعاقد مبني على أساس سلامة محل العقد من العيوب ، وأن المتعاقد الآخر مسؤول بكل عيب قديم يظهر في هذا المحل وضامن له ، ما لم يشترط في العقد براءة البائع من هـذا الضمان •

←

والذي أراه لزوم حمل رأي أبي حنيفة على ما اذا كانت الشاة ، رغم التصرية ، ذات لبن كاف لوصفها عادة بأنها لبون ، وانما التصرية فيها لايهام زيادة في لبنها •

أما اذا كانت بعد حلبها لا يجتمع لها لبن صالح لوصفها بأنها حلوب، فلا شك أن أبا حنيفة يقول بجواز فسخ العقد وردها ، لان الزام المشتري بها عندئذ ، ولو مع حق الرجوع بنقصان قيمتها ، ينافي قواعد مذهب أبي حنيفة نفسه في خيار فوات الوصف ، فانه يثبت الخيـار بفوات الوصف المشروط شرطا صريحا أو ضمنيا • ولا شك أن الصفة الظاهرة الناشئة عن التصرية هي في قوة اشتراط كون الدابة لبونا •

ومن قواعد مذهب أبي حنيفة أن « **المعروف عرفا كالمشروط شرطا** »• ولا شك أن قواعد مذهب كـل مجتهد هي التي يجب أن تحكم في تفسـير وتفصيل بعض الآراء المروية عنه بصورة مجملة مطلقة •

ولكن البائع ومن في حكمه اذا كان عالما بالعيب فكتمه كان مدلسا للعيب ، وداخلا تحت حكم **الخلابة** . أما اذا لم يكن البائع عالما بالعيب فهو ضامن له أيضا بمقتضى العقد ، ولكنه ليس بمدلس .

فالفرق بين تدليس العيب وعدمه لا يظهر بالنسبة الى ضمان العيب ، لان ضمانه حكم مشترك في الحالين ، وانما يظهر في بعض أحكام أخرى لها طابع الجزاء ، كما لو شرط البائع في عقد البيع براءته من ضمان العيب ، (أي عدم مسؤوليته عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع) فرضي المشتري بهذا الشرط اعتمادا على السلامة الظاهرة ، ثم ظهر في المبيع عيب قديم :

أ ـ ففي هذه الحال اذا كان البائع جاهلا وجود العيب في مبيعه ، وانما شرط هذا الشرط **للاحتياط** ، فشرطه هذا صحيح مسقط لضمان العيب عن عهدته باتفاق المذاهب الاجتهادية فيعتبر المشتري مشتريا على مسؤولية نفسه ، كما لو كان عالما بعيب المبيع فاشتراه راضيا به .

ب ـ أما اذا كان البائع عالما بعيب المبيع فكتمه عن المشتري واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته ، ففي أقوى الاجتهادات لا يصح شرطه هذا ، ويبقى خاضعا للضمان ، لان شرطه هذا لا للاحتيال ، فهو سيء النية بشرطه هذا فلا يجوز أن يستفيد منه[1] .

---

(١) بهذا قضى الخليفة الثالث سيدنا عثمان (ر ض) ، وبهذا أخذ قانوننا المدني الحالي . والاجتهاد الحنفي على خلاف ذلك يصحح هذا الشرط ويعفى به البائع من ضمان العيب رغم علمه بالعيب وسوء نيته .

(ر : كتابي « عقد البيع في الشريعة الاسلامية » وهو الجزء الخامس من هذه السلسلة ف/١٢٧/ وبداية المجتهد لابن رشد ١٥٣/٢ ـ ١٥٤)

١٨٨ - خلاصة حكم الخلابة بوجه عام :

بالنظر في جميع صور الخلابة التي نقلناها من المذاهب الاجتهادية في الفقه الاسلامي (الخيانة ، والتناجش ، والتغرير ، وتدليس العيب) وفي صورها الاخرى المماثلة التي لم ننقلها وترى في مصادرها الفقهية من كتب المذاهب ، يمكن أن نستخلص للخلابة حكما عاما في الشريعة الاسلامية نقرر فيه التفصيل التالي :

ان الخلابة بجميع صورها المتقدمة البيان ، وأمثالها من الصور والاساليب الخادعة التي يلجأ اليها أحد العاقدين ، تعيب رضى العاقد الآخر وتؤثر في القوة الملزمة للعقد ، فيثبت بها شرعا للعاقد المخلوب خيار يمنح بمقتضاه حق ابطال العقد في فقه المذاهب .

ولكن تارة يشترط مع الخلابة وجود غبن للعاقد المخلوب ، وتارة لايشترط الغبن ، وذلك بحسب الغاية المقصودة من الخلابة :

أ - فاذا كان هدف الخلابة زيادة السعر على المخلوب يشترط عندئذ في الخلابة لكي تعيب الرضى وتسوغ ابطال العقد أن تكون مصحوبة بغبن فاحش . وذلك كما في صور التناجش ، والتغرير القولي في السعر . ففي كل من هذه الحالات وامثالها انما يقصد الخالب استزادة البدل . فاذا أدت الى غبن فاحش أوجبت عندئذ للمخلوب الخيار والا فلا .

ويستثنى من ذلك الخيانة في بيوع الامانة (المرابحة واخواتها) فانها - وان كان هدفها استزادة البدل - توجب للمشتري على كل حال حق ابطال العقد ، أو حق الحط من الثمن بمقدار الخيانة (على اختلاف الآراء الاجتهادية في حكم الخيانة كما سبق بيانه في بحثها)

ولو لم يحصل للمشتري معها غبن في سعر المبيع[1] • وذلك لان البيع في المرابحة وأخواتها يقوم على أساس رأس المال باتفاق الطرفين • فكل كذب في بيان رأس المال يؤدي الى خلاف المتفق عليه بين العاقدين ولو لم يكن غبن •

ب ـ واما اذا كان هدف الخلابة خداع العاقد المخلوب في صفة المعقود عليه ، كايهامه بالجودة أو بأي وصف آخر ، فانها تعيب الرضى وتسوغ ابطال العقد ولو لم يصحبها غبن في السعر ، كما في الشاة المصراة اذا بيعت بثمن لا يزيد عن قيمتها غير لبون ، وكالفاكهة الموجهة اذا بيعت بثمن لا يزيد عن سعر الرديء الذي تحت وجهها الجيد ، لما تقدم من أن العاقد المخلوب قد يكون مقصوده الصفة الموهم بها ، ففواتها يوجب له الخيار • (المغني والشرح الكبير ج ٤ ص/٦٩ و ٨٠ و ٩٠ و ١١٣/ ورد المحتار ٤/٩٦ و ١٣١ و ١٥٥)[2] •

---

(١) كما لو باع شيئا بعشرة على ان رأس ماله ثمانية ، ثم تبين ان رأس ماله سبعة ، والشيء المبيع تساوي قيمته في السوق عشرة أو أكثر ، فلا غبن على المشتري في هذه الحال رغم خيانة البائع ، ومع ذلك يحق للمشتري ابطال العقد •

(٢) ـ **ملاحظة** :

الخلابة بمعناها الذي تقدم شرحه ، وبصورها المختلفة ، يقابلها تماما في الفقه الاجنبي باللغة الفرنجية لفظ : (Le dol) ويترجمها القانونيون العرب في مصر بكلمة (**التدليس**) • والتدليس كلمة استعملها فقهاء الاسلام قديما في المذاهب الثلاثة : المالكي ، والشافعي ، والحنبلي ، تارة بهذا المعنى تماما كما فعل القانونيون المعاصرون ، وتارة بمعنى كتمان البائع عيبا خفيا في المبيع ، وهو المعنى الاصلي للتدليس •

وقد رجحنا هنا استعمال لفظ « **الخلابة** » لأنه أدل على معنى الخديعة المقصودة هنا ، ولأنه ورد كما رأيت في الحديث النبوي الذي احتج به جميع فقهاء المذاهب ، وهو النص التشريعي في الموضوع نفسه • فأصبح لفظ التدليس مقصورا على معناه الاصلي وهو كتمان عيب المبيع ، فيكون تدليس العيب في المبيع ونحوه صورة من صور الخلابة بمعناها العام •

حكم الغبن المجرد ومستثنياته

١٨٩ - يتضح مما تقدم ان الغبن الفاحش وحده في العقود لا يعيب الرضى ما لم يصاحبه شيء من الخلابة • وعلى هذا استقرت معظم الاجتهادات • ذلك لأن الغبن المجرد عن كل خديعة لا يدل الا على تقصير العاقد المغبون في تحري الاسعار ومعرفة حد البدل العادل ؛ ولا يدل على مكر من العاقد الآخر • ولكل انسان أن يطلب المزيد من المنفعة بالطريق الحر المشروع دون غش واحتيال ، ما لم يضر بالجماعة ، فحينئذ يحد من حريته وتحدد منفعته، كما في حال احتكار **المواد الضرورية** وحالة تحكم الباعة بالاسعار ، حيث يبيع الحاكم المال المحتكر رغما عن صاحبه ، ويلجأ الى التسعير على الباعة اذا تواطؤوا وتحكموا في الاسعار •

أما في التعامل العادي بين الناس في غير حالة الاحتكار والتحكم فليس من مهمة التشريع أن يمنع التغابن المجرد عن الغش والخديعة ، وانما من مهمته أن يقيم المتعاقدين على قدم المساواة في الاهلية والحرية ، ثم على كل انسان ان يفتح عينيه ويحمي نفسه من الغبن • وان لكل انسان من حرصه على مصلحته دافعا كفيلا لتحري الاصلح له وتوقي سواه • وتبعة المهمل يجب أن تكون على حسابه •

هذا ما عليه جمهرة الاجتهادات الاسلامية في الغبن المجرد[١] مع ملاحظة الاستثناءات التالية :

---

(١) وحجتهم من النصوص قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) : « **دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض** » • وفي المذهب الحنفي رأيان حول جواز فسخ العقد بالغبن المجرد ، والارجح عدم الجواز ما لم يصحبه تغرير (فتح القدير ٦/١٠٧ ورد المحتار ٤/١٥٩) •

١٩٠ ـ الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها الغبن المجرد عيبا في الارادة :

يستثنى الاجتهاد الحنفي وغيره ثلاثة مواطن يمنع فيها الغبن الفاحش ولو كان غبنا مجردا لم تصحبه خلابة • وهذه المواطن الثلاثة المستثناة هي: **حقوق اليتيم ، والوقف ، وبيت المال** •

فالغبن الذي يقع بالتعاقد في مال احدى هذه الجهات الثلاث مردود شرعا على الغابن ، لأن هذه الجهات الثلاث تحتاج الى مزيد من الحماية عن طريق التشريع لكثرة تهاون القائمين عليها في صيانة حقوقها (ر : المجلة /٣٥٦) •

ـ على ان الاجتهاد الحنبلي يستثني أيضا حالتين اثنتين يعتبر فيهما الغبن المجرد عن الخلابة عيبا في رضى المغبون يسوغه ابطال العقد وهما :

١ ـ حالة الشخص المسترسل •

٢ ـ وتلقي الركبان[1] •

أ ـ فأما المسترسل فهو من يستسلم من بائع أو مشتر الى المتعاقد معه وهو جاهل بالسعر • فاذا غبنه في السعر كان للمسترسل خيار الابطال لقول الرسول عليه السلام : **غبن المسترسل ظلم**[2] •

---

(١) الركبان (بضم الراء) جمع (**راكب**) وهو من يركب البعير •

(٢) للمالكية مباحث مسهبة في غبن المسترسل • وفقهاء المذهب المالكي مجمعون على أن غبنه اذا كان فاحشا فانه يعيب ارادته ويوجب له خيار الابطال •

لكنهم يفسرون المسترسل بأنه : **هو الذي يستسلم من المتبايعين الى** ←

فان كان عالما بالسعر ، أو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلم به لم يكن مسترسلا ، وليس له خيار ، لأن غبنه عندئذ قد جاء من عجلته وتقصيره •

ب ـ وأما **تلقي الركبان** فهو أن يخرج الشخص الى ضاحية البلد ليتلقى القادمين ببضائعهم من القرن والبوادي الى المدينة ، فيشتري منهم ما يحملونه الى السوق ، أو يبيعهم ما يريدون شراءه • فان غبنهم بالنسبة الى سعر السوق كان لهم الخيار في ابطال العقد في الاجتهاد الحنبلي ولو لم يتخذ معهم شيئا من أساليب الخداع •

وحجة الامام احمد بن حنبل في ذلك ما ثبت في السنة النبوية واخرجه الامام مسلم في صحيحه من ان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الركبان **وجعل لهم الخيار** اذا هبطوا السوق فوجدوا أن من

←

الآخر ويستامنه في السعر بأن يعلن له أنه جاهل بالاسعار ويطلب اليه أن يبيعه أو يشتري منه بسعر السوق • فاذا غبنه غبنا كان له الخيار •

أما اذا كان الشخص جاهلا للأسعار لكنه **غير مسترسل** (أي لم يعلن لصاحبه ذلك) فغبنه ، ففي منح المغبن الخيار اختلاف بين فقهاء المذهب •

وأما اذا كان عالما بأسعار السوق فلا خيار له اذا غبن باتفاق الفقهاء • (ر : الشرح الصغير للدردير المالكي في هامش الصاوي ٢/٦٣) •

وفقهاء الحنابلة لا يفسرون المسترسل بمن يعلن للآخر جهله بالاسعار واستئمانه له ، بل يكتفون في تحقق معنى الاسترسال بأن يكون جاهلا مستسلما لايماكس •

والواقع ان **اشتراط المالكية** فيه أن يعلن استئمانه الى البائع في سعر السوق **يلحق الموضوع ببحث التغرير** من صور الخلابة ، لأنه غرره بقبول مبايعته على اساس سعر السوق حتى اطمأن اليه ، ثم اتخذ من ذلك ذريعة الى غبنه • وهذا هو التغرير القولي في السعر •

تلقاهم فباعهم أو ابتاع منهم قد غبنهم . (ر : المغني ، والشرح الكبير ٤/٧٧ - ٨٩ و ٩٠) .

ج - الغلط

١٩١ - تعريف وتمهيد :

الغلط هو : توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا ، فيحمله ذلك على ابرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه .

وذلك كمن اشترى شيئا يظنه جيدا وهو رديء ؛ أو يظنه يساوي الثمن الذي اشتراه به وهو لا يساويه ، أو باع سجادة مثلا ظانا انها من السجاد المعتاد فاذا هي أثرية نادرة ، أو خارج[١] عن حصته الارثية يظنها السدس فاذا هي ثلث ، أو وهب احدى فرسيه وهو يظنها الاخرى ؛ أو كان له بيتان شرقي وغربي فآجر الشرقي وهو يظنه الاصغر فاذا هو الاكبر ؛ وهلم جرا ...

هذا ، واذا رجعنا الى ما سبق بيانه آنفا في بحث الخلابة نرى ان التوهم موجود لدى العاقد المخلوب أيضا ، لأن في الخلابة ايهاما من أحد العاقدين للآخر في السعر أو في الصفة . فعنصر التوهم مشترك في كل من الخلابة والغلط ؛ ولكن الفرق بينهما هو أن الوهم الحاصل في الخلابة ناشيء من فعل فاعل مسؤول . أما في الغلط فان التوهم تلقائي ، أي ناشيء في خلد صاحبه من تلقاء نفسه ، لا من فعل العاقد الآخر .

---

(١) **المخارجة هي** : بيع احد الورثة حصته الارثية من التركة لآخر .

عاملان متضادان : احترام الارادة ، واستقرار التعامل :

وفي هذا المقام ونظائره يقف الفقه والتشريع أمام عاملين متضـادين كلاهما واجب الرعاية ، واعتبار أحدهما ينافي اعتبار الآخر ، وهما :احترام ارادة العاقد ، واستقرار التعامل •

أ ـ فاحترام ارادة العاقد يستلزم أن نعتبر ارادة العاقـد الحقيقيـة التي ينطوي عليها ضميره • فاذا جاء في تعبيره (وهو الارادة الظاهرة) غلط فكانت هذه الارادة الظاهرة من العاقد مختلفة عن ارادته الباطنـة الحقيقية المتفقة مع تصوره وتوهمه وجب عندئذ أن تعتبر ارادتـه غـير سليمة ، وأن يفسح له مجال ابطال العقد • هذا ما يستلزمه مبـدأ احترام ارادة العاقد لو أنه انفرد في الميدان •

ب ـ ولكن هناك مصلحة عامة في ميدان التعامل تستلزم عكس ذلك تماما ، وهي مصلحة استقرار التعامل •

ومعنى استقرار التعامـل أن تكـون تصرفات الارادة التـي يتعامل فيها الناس بعضهم مع بعض بطريق التعاقد الرضـائي ذات نتـائج ثابتة غير معرضـة للانتقاض بأسـباب يجهلها المتعاقـد وليس هو المقصـر في اجتنابهــا ، وذلك لكي يستطيـع أن يبني أموره عـلى نتـائج معاملاتـه وهو مطمئن الى استقرارها ، وعلى ثقة بثباتها • فهـذا النظـر الى مصلحة استقرار التعامل يقتضي اعتماد الارادة الظاهـرة من الايجاب والقبـول ، وأن لا يكون لغلط أحد العاقدين تأثير في قـوة هـذا الارتبـاط العقـدي لأن العاقد يتعذر عليه معرفة غلط رفيقه ما لم تدل عليه دلائل واضحة • وكل عقد يمكن أن يكون أحد عاقديه غالطا في ناحية منه ، فاذا سـاغ له ابطال عقده بسبب الغلط كان ذلك مفاجـأة للعاقـد الآخر ، فينتفي اطمئنان كل عاقـد الى نتـائج عقـده لاحتمال أن يكون رفيقه واقعـا في غلط •

لذلك ، وترجيحا لمصلحة استقرار التعامل ، لم يهتم الفقـه الاسلامي كثيرا بالغلط في العقد كما اهتم الفقـه الاجنبي ، ولم يفرد فقهاء الاسـلام نظرية الغلط ببحث يصوغها صياغة مستقلة كما صاغوا نظرية الاكراه ، لأن الفقـه الاسـلامي يعتمـد الارادة الظـاهرة (الايجاب والقبـول) أساسا في بناء العقد[1] ما دامت الارادة الباطنـة الحقيقية خفية كما تقدم (ف/١٧٦)٠

وهكذا كانت مسائل الغلط في الفقـه الاسلامي غـير مجموعـة في بحث خاص ، بل متفرقة موزعة في موضوعات ومبـاحث شتى ذات صـلة به ، كظهور العيب في المبيع ، وكفوات الوصف ، أو اختلاف الجنس في المعقود عليه ، وكخيار الرؤية ، كما سنرى ٠

ولذا كان على من يريد صياغة نظـرية للغلط التعاقـدي في الفقه الاسلامي على غرار نظرية الغلط في الفقـه الاجنبي أن يتلقط مسـائلها وقواعدها وأحكامهـا من تلك الفصـول والمبـاحث ذات الصـلة بهـا ٠ وهذا ما نحاوله هنا بقـدر الامكان ، وبقدر ما يتسـع له هـذا المـدخل الفقهي ٠

١٩١/٢ ـ متى يعتبر غلط العاقد عيبا في رضاه يجيز له ابطال العقد ؟

بعد هذا التمهيد نقول : ان من يتتبع مسـائل الغلط المتفرقـة في فصول ومناسبات عديـدة من فقه المـذاهب الاربعـة ، يخلص الى نتيجـة

---

(١) ويظهر هذا جليا من تعريف العقد ٠ ففقهاء الاسـلام لم يعرفوا العقد بأنه : **اتفاق ارادتين** الخ ٠٠٠ كالتعريف القانوني ، وانما عرفوا العقد بأنه : « **ارتباط ايجاب بقبول** » الخ ٠٠٠ كمـا تقـدم بيـانه في محـله (ف/١٣٢) ٠

هي ان فقهاء المذاهب لم يعتبروا الغلط العفوي من أحد العاقدين عيبا في رضاه يجيز له ابطال عقده الا في الحالات التي يكون فيها الغلط واضحا لبس فيه مفاجأة للعاقد الآخر .

ذلك لأن الغلط اذا لم يكن واضحا فان الارادة الحقيقية للعاقد الغالط تكون في حيز الخفاء ، فمن الواجب عندئذ اعتماد ارادته الظاهرة . فاعطاؤه حق ابطال العقد عند ثبوت غلطه ، ـ وان كان فيه استنقاذ له ورعاية لحقه ومصلحته ـ هو في الوقت نفسه جناية على حق العاقد الآخر ومصلحته ـ دون أن يكون منه تسبب أو تقصير ، وهذا ما يزعزع استقرار التعامل .

أما اذا كان الغلط واضحا فان الارادة الحقيقية عندئذ تكون هي أيضا واضحة . فاعطاء الغالط في هذه الحال حق الابطال هو الذي يفرضه مبدأ احترام الارادة العقدية ، ولا يخل باستقرار التعامل ، لأن العاقد الآخر يكون على بينة من غلط[1] رفيقه ، فلا يكون في الابطال مفاجأة له .

١٩١/٣ ـ كيف يكون غلط العاقد واضحا :

والظاهر من تتبع نصوص الفقهاء أن غلط العاقد في عقده يعتبر واضحا اذا كشف العاقد بنفسه عن مراده كشفا صريحا خلال التعاقد ، أو كان مراده مكشوفا ظاهرا من القرائن والدلائل . فهاتان حالتان :

---

(١) وهذا ما يشترطه الفقه الاجنبي في اتجاهه الحديث بنظرية الغلط ، حيث يشترط علماء القانون لجواز ابطال العقد بسبب غلط أحد العاقدين أن يكون العاقد الآخر على علم بغلط رفيقه .

٤/١٩١ – (الحالة الاولى) – كشف العاقد عن مراده بنفسه كشفا صريحا :

فاما حالة كشف العاقد الغالط عن مراده بنفسه صراحة فكما اذا عين العاقد في العقد جنس المعقود عليه ، او اذا وصفه بصفة ، ثم ظهر على خلاف ذلك . وفي هذه الحال للفقهاء حكم تفصيلي حول درجة تأثير الغلط في العقد :

أ – فاذا كان الغلط واقعا في **جنس المعقود عليه** ، كما لو باع أو اشترى فص خاتم **على انه ياقوت** ، فاذا هو زجاج ، أو اشترى كيسا **من الارز** فاذا هو قمح ، فان العقد لا ينعقد أصلا في الاجتهاد الحنفي ، لأن اختلاف الجنس يجعل المحل المعقود عليه معدوما ، وهو أحد مقومات العقد المتقدمة الذكر (ف/١٤٥)[١] .

★ (١) وهذا نظير ما يسميه علماء القانون « **الغلط المانع** » Erreur obstacle أي الذي يمنع انعقاد العقد . ومن صوره عندهم ان يغلط العاقد في **ذات الشيء** المعقود عليه ، كما لو باع احدى فرسيه ، والمشتري يظن انه قد اشترى الاخرى .

وهذا النوع ، اي الغلط المانع ، لا يعد في عداد عيوب الرضى لانه يمنع الانعقاد ، بينما ان عيوب الرضى كلها شوائب فرعية ينعقد معها العقد لكمال مقوماته ، ولكنها تجعل العقد للابطال بمشيئة الطرف الذي شيب رضاه بأحد تلك الشوائب .

ويلحظ في هذا المقام ان **اختلاف الجنس** الذي يعتبر في الفقه الاسلامي من قبيل الغلط المانع لا يعتبر في النظر القانوني غلطا مانعا ، بل هو من الغلط الذي يعيب الرضى فقط ، فينعقد معه العقد قابلا للابطال .

وعكس ذلك يلحظ في الغلط في ذاتية المبيع في المثال الآنف الذكر ، (لو باع احدى فرسيه ، وهو أو المشتري يظن انها الاخرى) فانه في الفقه القانوني غلط مانع لا ينعقد معه العقد ، وفي الفقه الاسلامي هو

←

ب ـ وأما اذا كان الغلط في **الوصف** فانه يميز في حكمه بين حالتين :

١ ـ اذا كان المعقود عليه معينا بالذات لكنه غائب عن مجلس العقد ، أو كان حاضرا فيه لكن العاقد لا يدرك وصفه بالمعاينة ، كما لو باع نسيجا معينا من الجوخ على أنه انكليزي المصدر ، أو باعه على أنه أحمر وكان المشتري أعمى ، أو كان البيع ليلا في الظلام ، ثم تبين أن المبيع على خلاف الوصف الذي سمي في العقد ، فان المشتري مخير في ابطال العقد ، لفوات وصف مشروط في محل العقد ، فلا يعتبر رضاه سليما بفواته . وهذا يسمى : **خيار الوصف** :

٢ ـ واذا كان المعقود عليه حاضرا في مجلس العقد مكشوفا مشارا اليه تحت مشاهدة العاقد ، وكانت صفته مما يدرك بهذه المشاهدة كالالوان والحجوم ، بأن قال البائع مثلا : بعتك هذا المهر الابيض الصغير بكذا ، وهو حصان أسود كبير ؛ أو قال : بعتك هذه الفرس المحجلة ؛ وهي غير محجلة ، أو هذه السيارة الخضراء وهي في الواقع سوداء ، فقبل المشتري انعقد العقد لازما للمشتري لا خيار له في ابطاله ، لأنه غير معذور بهذا الغلط بعد المشاهدة والاشارة . واختلاف الوصف المسمى عن الواقع لا عبرة له في هذه الحال ، لأن الاشارة

←

غلط غير مؤثر أصلا ، فينعقد معه العقد لازما لا خيار فيه ، لان الارادة الظاهرة بالايجاب والقبول لما وردت في العقد على واحدة معينة من الفرسين انصرف العقد اليها وبقي الغلط في حيز الخفاء ليس عليه دليل قائم ، فلا يؤثر ، حرصا على استقرار التعامل .

بخلاف مسألة اختلاف الجنس ، فان تسمية الجنس المقصود في صلب العقد ، تجعل الغلط في الجنس المخالف غلطا واضحا ، فيؤثر في العقد . وبما ان اختلاف الجنس في حكم فقدان العين ، لا ينعقد العقد لعدم المحل .

هنا في الشيء الحاضر أبلغ طرق التعريف وأقواهـا ، فاذا اجتمع معهـا وخالفهـا ما هو دونها تعريفا وهو الوصف الكلامي فالعبرة للاشـارة .
ويقرر الفقهاء في هذا المقام قاعـدة هي: **ان الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر** (المجلة / ٦٥) .

١٩١/٥ (الحالة الثانية) ـ كون مراد العاقد واضحا من الدلائل :

وأما حالة كون مراد العاقد الغالط مكشوفا واضحا بطريق الدلالة دون تصريح منه فأمثلته كثيرة في فقه المذاهب .

ففقهاء المذهب الحنفي يذكرون أن من اشترى عبدا مشهورا بأنه يحسن الكتابة أو الخبز فوجده ناسيا ذلـك ، أو اشـترى جارية كانت تحسن الطبخ أو الخياطـة فوجـدها ناسية ذلـك ، فان للمشتري فسـخ البيع ولو لم يشترط هذا الوصف فيهما عند العقد صراحة ، لأن الظاهر أنه انما اشترى رغبة في تلك الصفة ، فصارت مشروطة بطريق الدلالـة (ر : رد المحتار ، ج٤/أواخر خيار الشرط ، والبحر الرائـق لابن نجيم ٦/٣٦) .

وفقهاء المذهب المالكي يصرحون بأنه « اذا باع الشخص حجرا في سوق الجواهر دل ذلك على أنه انما يبيع جوهرة وان لم يصرح بجنس الحجر في العقد ، فاذا تبين أنه ليس بجوهـر كان للمبتاع القيـام[1] .
وان باعه في غير سوق الجواهر لم يكن له قيـام » (ر : شرح الحطاب على المختصر ٤/٤٦٦ ـ ٤٦٧) .

ومما يعتبر من الاوصاف مشروطا دلالة ولو لم يصرح به في العقـد

---

(١) القيام في اصطلاح المالكية في مثل هذا المقام معناه حق العاقد في الادعاء والرجوع على المتعاقد معه .

سلامة المعقود عليه من العيوب في عقـود المعاوضـة • فمن حق المشتري أو المستأجر مثلا أن يحسب المبع أو المأجور خاليـا من العيـوب ؟ ومن واجب البائع أو المؤجر معرفة ذلك وتقـديره • فاذا ظهـر في المبيع أو المأجور عيب كان المشـتري أو المستأجر غالطا ومعـذورا في غلطـه فلـه الرد • ولا يكون في ذلك مفاجأة للبائع أو للمؤجر ، لأن عليهما أن يتوقعا ذلك[1] •

★ (١) **يقول الاستاذ السنهوري في كتابه الجديد** « مصادر الحق في الفقه الاسلامي » ج ٢ ص/١٣٠ الطبعة الاولى :

« سلامة الشيء من العيوب شرط ضمني في العقد تقتضيه طبائع الاشياء • فاذا ظهر عيب في الشيء ، تبين ان المشتري كان واهما عندما اعتقد أن الشيء سليم من العيب • ومن هنا كان خيار العيب متصلا اوثق الاتصال بنظرية الغلط ، بل هو ليس الا صورة من صوره المتعددة » •

ويقول الامام الكاساني من فقهاء الحنفية في كتابه « **البـدائع** » في بحث خيار العيب (٥/٢٧٤) :

« السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصا ، فاذا فاتت المساواة كان له الخيار ••• لان البيع عقد معاوضة والمعاوضات مبناها عـلى المسـاواة عادة وحقيقة ••• ولان السلامة لما كانت مرغوب المشـتري ولم يحصل فقـد اختـل رضاه• وهذا يوجب الخيار لان الرضى شرط صحة البيع ••• فانعدام الرضى يمنع صحة البيع ؛ واختلاله يوجب الخيـار فيه ، اثباتا للحكم على قدر الدليل » •

وهذا البيان من صاحب البدائع كما ترى صريح في أن حكم خيـــار العيب في الفقه الاسلامي مبني عـلى اساس ان **رضى المشتري قـد اختل** بظهور العيب في المبيع ، فهو من قبيـل شوائب الارادة المسماة عيـوب الرضى •

وقد قدمنا (ف١٨٧/٤) ان تدليس العيب يدخل في صور **الخلابة** •

هذه اجمالا خلاصة الحالات التي يعتبر فيها غلط العاقد من شوائب الارادة العقدية ، لأن غلطه واضـح من حيث أن العاقد قـد كشف عن ارادته بنفسه صراحة ، أو ان ارادته مكشوفة بطريق الدلالة • فاذا خالف الواقع مراده المكشوف كان معذورا في غلطه الذي عاب رضاه ، لوضوح الغلط بالنسبة الى العاقد الآخر ، فلا يكون فسخ العقد مفاجأة له مخلة باستقرار التعامل •

٦/١٩١ - الغلط غير الواضح :

فاذا كان الغلط خفيا غير واضح بأن لم يكشف العاقد عن مراده ، ولم يكن مكشوفا من الدلائل والقرائن ، فان الفقه الاسـلامي لا يعتـد عندئذ بغلط العاقد ، لأن العبرة للارادة الظاهـرة من الايجاب والقبـول مادامت الارادة الحقيقية في طي الخفاء ، حرصا على استقرار التعامل ؛ لأن التضحية بمصلحة العاقد الشخصية الجزئية عندئذ أولى من التضحية باستقرار المعاملات ، وباطمئنان المتعاقدين الى اثبات نتائجها ، وثقتهم بها •

وعلى هذا الاساس يقرر الفقهاء أن من باع مصلى (سجادة) دون أن يذكر نوعه ، وهو يظنه من قطن أو كتان ، فتبين أنه من الخز فليس له خيار • وكذا لو اشتراه على ظن أنه خز فظهر خلافه ، فهو ملـزم به ولا خيار له • نقل ذلك الحطاب عن مالـك ، وهـذا بخلاف ما لـو **اشـترط** المشتري في العقد شرطا أنه من الخز فظهر من القطن ، حيث يكون له خيار الوصف فيحق له فسخ العقد ان شاء ، لأن ارادته عندئـذ

←

ونضف هنا ان العيب الذي لم يدلسه البائع تدليسا عـلى المشتري بل كان يجهله البـائع نفسه يمكن عده من قبيل الغلط • وسنرى أيضا أنه يمكن عده من صور **اختلال التنفيذ** الذي هو العيب الرابع الاخير من عيوب الرضى •

مكشوفة بالشرط ، فيكون غلطه معذورا يعيب رضاه ، وكذا من باع أو اشترى بعيرا[1] وهو يظنه ناقة فاذا هو جمل • الا أن يكون ظاهر حاله أنه يشتريها لأجل اللبن فعندئذ يكون غلطه واضحا لأن ارادته مكشوفة بدلالة الحال (ر : البحر الرائق ٦/٢٦ ورد المحتار ٤/أواخر خيار الشرط ، وشرح المختصر للحطاب ٣/٤٦٦) •

ومثل ذلك ما نقل الحطاب عن مالك فيمن باع حجرا (وسماه هكذا : **حجرا**) ثم تبين أنه ياقوت وهو يجهل أنه ياقوت ، ان البيع لازم ولا خيار له ، ولو كان المشتري يعلم أنه يا قوت • وذلك لأن الحجر اسم جنس عام يشمل الياقوت وغيره ، فقد سماه باسم يصلح له[2] « أما لو قال المشتري لبائع الثياب : اخرج لي ثوبا مرويا[3] بدينار ، فأخرج له ثوبا أعطاه اياه ، ثم وجده من أثمان أربعة دنانير ، فالبائع هنا يحلف[4] ويسترد ثوبه » •

---

(١) البعير اسم شامل للذكر والانثى من الابل ، كالغنمة من الشياه ، فانها شاملة للكبش والنعجة ، لان الهاء في « **الغنمة** » ليست للتأنيث بل للوحدة •

(٢) فهنا وقع البائع في غلط لكن ارادته غير مكشوفة فكان غلطه غير واضح فلم يعتد به • بخلاف ما هو باع مبينا انه غير ياقوت فتبين ياقوتا ، أو اشترى ياقوتا فتبين خلافه ، فان البيع لا يلزم البائع ، والشراء لا يلزم المشتري لان الارادة مكشوفة بالتسمية أو الاشتراط فالغلط واضح (ر : مصادر الحق للاستاذ السنهوري ص/١٢٣) •

(٣) الثوب المروي : منسوب الى مرو (بفتح فسكون) بلدة من بلاد فارس مشهورة بصنع الثياب • والنسبة اليها في الاشياء : **مروي** ، وفي الاشخاص : **مروزي** بزيادة زاي معجمة بعد الواو على خلاف القياس • (ر : المصباح) •

(٤) أي يحلف انه قد غلط غلطاً في اعطاء الاغلى ظانا انه الارخص •

قال الحطاب في تعليل ذلك :

« ووجه تفرقة مالك بين الذي يبيع الياقوتة جاهلا ، وبين من قصد اخراج ثوب بدينار فأخرج ثوبا بأربعة ، أن الاول قد جهل وقصر اذ لم يسأل من يعلم ما هو ؟ والثاني قد **غلط غلطا** لا يمكن التوقي منه ، فيكون له أن يحلف ويأخذ ثوبه » •

وفي هذا التعليل الوجيه للتمييز في الحكم بين المسألتين المتشابهتين تتجلى لك خلاصة المبدأ الفقهي العام الذي استخلصناه وقررناه في الغلط ، من حيث كونه **غلطا واضحا** في ارادة مكشوفة فيعيب الرضى اذ لايخل باستقرار المعاملات ، أو **كونه غلطا خفيا** في ارادة خفية فلا يعتد به • فهنا يعلم كل من البائع والمشتري أن المبيع ثوب مروي بدينار • فاذا أخذ المشتري ثوبا بأربعة دنانير فان فسخ العقد لا يكون مفاجأة له اذا حلف البائع على غلطه واسترد ثوبه • (ر : مصادر الحق للاستاذ السنهوري ص/١٢٣) •

١٩١/٧ ـ حالة استثنائية يعتبر فيها الغلط عذرا ولو كان خفيا « خيار الرؤية » :

هناك حالة اعتبرها الشرع الاسلامي مظنة لغلط العاقد ؛ فمنحه فيها حق الابطال ان شاء لاحتمال غلطه ، وهي حالة شراء شيء لم يره المشتري فقد ورد في الحديث النبوي : « **من اشترى مالم ير فله الخيار اذا رأى** »•

وقد أخذ الاجتهاد الحنفي بهذا الحديث فقرر أن من يشتري **شيئامعينابالذات** لم يره فله حق الابطال اذا رآه فلم يوافقه • ويسمى هذا الحق : **خيار الرؤية** • ويسقط هذا الخيار بالرضى صراحة أو دلالة

بعد الرؤية ، كما يسقط بكل تصرف يوجب حقا للغير ، كمـا لو باع المشتري ما اشتراه قبل أن يراه •

ويعلل الفقهاء مشروعية هذا الخيار بأنه لدفع الضرر عن المشتري اذ قد لا يجد أن الشيء الذي اشتراه لاحتياجه اليه هو غير ملائم لحاجته لأنه لم يره ، فيتضرر بالزامه ، فاذا كان قد رآه حين التعاقد أو قبله بمدة لم يتغير خلالها فليس له خيار ، لأنه اشترى على علم •

ولا يثبت هذا الخيار للبائع اذا باع ما لم ير ، لأن الحديث النبوي لم يثبته الا لمن اشترى • ووجه ذلك ان غاية الشراء عادة هي استعمال عين الشيء في سد حاجة المشتري ، فقد يتبين غير ملائـم لهذه الحاجة ، بخلاف البائع فان حاجته الى الثمن لا الى عين المبيع ، فلا يتأتى في جانبه هذا الاعتبار •

والمراد من الرؤية هنا الاطلاع في كل شيء بحسبه ، لا خصوص المشاهدة بالعين : فرؤيـة المسك مثـلا وسـائر العطـور تكون بشمها لا بمشاهدتها ، ورؤية النسيج بلمسه مع المشـاهدة ، ورؤية شـاة اللحم بجسها ، ورؤية المطعومات بذوقها ، وهكذا •••

ويلحظ هنـا في خيار الرؤية أن الشارع الاسـلامي يقـدر احتمال الغلط بالنسبة الى حاجة المشتري تقـديرا عامـا ، فيثبت الخيـار لكل من اشترى شيئا معينا لم يره ، ولا يجعل هـذا الخيـار متوقفا عـلى اثبـات وقوع الغلط فعـلا من المشتري • فقـد اعتبر الشـارع شـراء ما لم ير **مظنة عامة** للغلط ، كمـا قلنـا ، وترك الحكم في ذلـك لرأي المشتري نفسه لأنه أدرى بحاجته •

ويلحظ أيضـا أن وصف الشيء غير المرئي عنـد بيعـه لا يغني عن

الرؤية ، ولا يمنع ثبوت الخيار للمشتري[1] •

وأهم ما يلحظ بالنسبة الى موضوع بحثنا هنا هو أن الغلط المحتمل الذي قرر لاجله خيار الرؤية في هذا الشراء هو **غلط غير واضح** بالنسبة الى البائع • وقد كان مقتضى القاعدة التي استخلصناها في الغلط أن لاينهض ذلك عذرا في ابطال العقد • ولذلك اعتبرنا خيار الرؤية حالة استثنائية من قاعدة الغلط •

ويجري خيار الرؤية في جميع عقود المعاوضات ، كالاجارة والصلح عن مال بمال ، قياسا على البيع • وله أحكام تفصيلية تخرج عن غرضنا هنا (وهو علاقة هذا الخيار ببحث الغلط) وترى في المواد / ٣٢٠ – ٣٣٥/ من المجلة ، وفي كتاب البيع من مدونات الفقه الحنفي •

١٩١/ ٨ – صور مختلفة من الغلط :

فيما تقدم كشفنا عن الخطوط الكبرى التي تسير فيها نظرية الغلط التعاقدي في الفقه الاسلامي ، وجمعنا هذه الخطوط المتفرقة لكي يظهر منها مخطط النظرية •

وقد عرضنا أمثلة ونصوصا يدور الغلط فيها حول محل العقد (المعقود عليه) ذاتا وجنسا وصفة •

وهناك في الفقه الاسلامي صور أخرى من الغلط في نواح أخرى

---

(١) وهذا خلاف ما أخذ به القانون المدني في المادة /٣٨٧/ منه ، فقد اعتبر ان ذكر الاوصاف الاساسية للشيء المبيع في عقد البيع يمنع المشتري من حق ابطال البيع بحجة عدم العلم الكافي بالمبيع اذا جاء مطابقا للاوصاف المذكورة •

من متلعقات العقد نظير النواحي التي يعتد بالغلط التعاقـدي فيهـا الفقـه الاجنبي ، كالغلط في شخص العاقـد ، وكالغلط في القيمـة ، وفي الحكم الشرعي • فنختم بحث الغلط ببعض أمثـلة وايضاحات موجـزة حولهـا استكمالا للبحث •

۱۹۱/۹ ـ الغلط في شخص العاقد :

قد يغلط أحد العاقدين في شخص المتعاقد معـه ، فيظنه فلانـا وهو غيره ، أو يظنه ذا صفة خاصـة من قرابة أو كفاءة أو غيرهمـا فيظهـر بخلاف ذلك •

ولاشك أن الغلط في شخص العاقد انما تظهر أهميته عندما يكون لشخص العاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع التعاقد •

أما اذا لم يكن كذلك فلا ينبغي أن يكون للغلط في شخص العاقـد تأثير ، كتاجر يبيع شيئا من مشتر طارىء يظنه فلانا وهو غيره •

فهدف البائع بوجه عام هو قبض ثمن سلعته أيا كان المشتري ، فلا تأثير لمثل هذا الغلط[۱] •

أما اذا كانت صفة العاقد ذات اعتبار في موضوع العقد فهنا موطن التأثـير •

وقد نص فقهاء الاسلام في عقود وتصرفات عديدة نصوصا تدل عـلى اعتماد هذا المبدأ :

---

(۱) وهذا المبدأ هو الذي يعتمده الفقه القانوني في قضية الغلط في الشخص •

أ ـ ففي عقد الزواج اذا ظهر في أحد الزوجين مرض يضر بالحياة الزوجية ـ جنسيا كان المرض أو غير جنسي ـ كالجنون والجذام ، وكان موجودا قبل العقد ولم يعلم به الزوج الآخر ، فقد أقر الفقهاء لهذا الزوج الآخر خيارا في فسخ العقد ان شاء[1] •

فهنا كما ترى قد غلط أحد الزوجين في صفة الآخر ، اذ ظنه سليما وهو غير سليم • وللشخص في عقد الزواج اعتبار أساسي ، والصفة محل الغلط أساسية أيضا بالنسبة لمقاصد الزواج •

ب ـ وفي الاجارة نصوا على أنه لو استأجر شخص ظئرا[2] لطفله ، ثم تبين أن الولد لا يأخذ ثديها ، أو أنه يتقايؤ لبنها ، أو أن لبنها غير صالح لتغذيته (كما لو كانت حاملا مثلا) ، أو أنها حمقاء سيئة الخلق ، أو سارقة ، أو فاجرة فجورا بيّنا[3] فان لاهل الطفل فسخ الاجارة قبل انتهاء الاجل ، لان عكس هذه الصفات له اعتبار أساسي بالنسبة لمقاصد العقد ، فتكون هذه الصفات معذرة لهم في فسخ العقد •

ج ـ وفي الشفعة[4] نصوا على أنه اذا أبلغ الشفيع أن المشتري

---

(١) وبهذا اخذ قانون الاحوال الشخصية •

(٢) الظئر (بكسر فسكون) المرأة المرضع تستأجر لارضاع طفل والقيام بمصالحه •

(٣) لان السارقة يخشونها على امتعتهم ، والفاجرة تلتهي بفجورها عن القيام بمصالح الطفل ، وقد تحمل من الفجور فيفسد لبنها (المبسوط للسرخسي ١٥/١١٩ ـ ١٢٢) •

(٤) الشفعة حق أولوية ممنوح شرعا للشريك في العقار ، اذا باع شريكه حصته ، ان يحل محل المشتري في اخذها بثمنها الذي بيعت به ، دفعا لسوء الجوار وجمعا للحصص الشائعة • ويسمى الشريك صاحب حق الشفعة : **شفيعا** • انظر ما تقدم في نظرية الملكية (ف/١٠٥) •

فلان ، فلم يطلب الشفيع الاخذ سقط حقه في الشفعة • فاذا تبين أن المشتري شخص آخر لا يرضى جواره يبقى على حقه في طلب الاخذ بالشفعة ، « لان الناس يتفاوتون في المجاورة ، فرضاه بجواره لا يكون رضى منه بمجاورة غيره • فاذا تبين أن المشتري غير من سمي له فهو على حقه » (المبسوط للسرخسي ١٤/١٠٥)[1] •

١٩١/١٠ ـ الغلط في القيمة :

الغلط في قيمة المعقود عليه انما يعيب رضى العاقد من حيث الغبن الذي يؤدي اليه •

ولذا يمكن القول أن جميع صور الغبن الفاحش المتقدمة في بحث الخلابة ، مما يمنح فيه العاقد المغبون حق ابطال العقد ـ في الحالات التي يشترط فيها التغرير أو لا يشترط ـ تعتبر من قبيل الغلط في القيمة •

ولكن بما أن بحثنا هنا انما هو في **الغلط العفوي** الذي يقع فيه العاقد من تلقاء نفسه دون خلابة وخداع من العاقد الآخر ، لذلك تكون حالات **الغبن المجرد** التي توجب حق الابطال بلا اشتراط التغرير ـ وهي الغبن الفاحش في مال بيت المال ، والوقف ، واليتيم ـ هي وحدها التي تعتبر هنا من أمثلة الغلط في القيمة فليرجع اليها (ف/١٩٠) •

---

(١) يلحظ هنا أن رضى الشفيع بالمشتري ليس عقدا بل هو تصرف من تصرفات الارادة مسقط للحق ، وقد اثر فيه الغلط في الشخص كتأثيره في العقود • فهو يؤيد المبدأ الفقهي الذي استخلصناه في قضية الغلط •

١٩١/ ١١ ـ الغلط في الحكم الشرعي[1] :

الغلط في الحكم الشرعي معنـاه أن العاقـد كان يجهل هـذا الحكم عند التعاقد •

والاصل أن الجهل بالشريعة لا يعتبر عذرا مانعا من تنفيذ أحكامهـا على الجاهل ، والا تملص معظم الناس من تنفيذ أحكام الشريعةعلى تصرفاتهم وأعمالهم بحجة أنهم جاهلون : فمن جنى جناية أنفذت فيه عقوبتها ، ومن عقد عقدا نفذت في حقه أحكامه ولو كان يجهلها •

وعلى هذا ، من خارج[2] **على حصته من التركة** بمبلغ قبضـه وهو يظن أن حصته الربع مثـلا ، وهي في الواقـع نصف التركة ، فالبيع نافذ لازم ، ولا خيار له •

ولكن هناك حالات يعتبر الفقهاء فيها جهل المكلف بالحكم الشـرعي عذرا له اذا كان في وضع لا يعتبر فيه مقصرا بالجهل • وهـذا كثير في غير العقود •

من ذلك ما يقرره الفقهاء أن من أسلم في غـير دار الاسـلام فشرب الخمرة جاهلا بحرمتها لايعاقب بحد الشرب لانه معذور بهـذا الجهل • بخلاف المسلم المقيم في دار الاسـلام اذا شرب جاهلا ، فانه يعاقب بالحد لاشتهار أحكام الاسلام ، فجهله بها تقصير وليس بعذر •

---

(١) ويسميه علماء القانون : **غلطا في القانون** • اما الغلط في جميـع النواحي الاخرى من العقد فيسمونه : **غلطا في الواقع** •

(٢) **المخارجة** : هي بيع احد الورثة حصته الارثيـة من التركة لآخـر (ر : ف/٢٨٦) •

وهناك أمثلة أخرى كثيرة على المعذرة الشرعية بسبب الجهل[1] •

(ر : الاشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموي في أحكام الجهل ج ٢ ص/١٣٨) •

الشعبة الثانية

في غيب الارادة الناشىء بسبب طارىء وهو اختلال التنفيذ

١٩٢ - تمهيد :

الاصل أن تنفيذ العقد هو مرحلة لاحقة مستقلة عن مرحلة تكوينه • فبعد تمام الانعقاد بالتراضي الصحيح يقوم كل من العاقدين بتنفيذ ما يلقيه العقد على عاتقه من التزامات • فاذا امتنع أحدهما أجبر على التنفيذ بقوة القضاء بناء على طلب صاحب الحق • فتنفيذ العقد اذن هو من مباحث آثار العقد ومتعلقاتها ، لا من مباحث عيوب الرضى تحقيق ما قد تم التراضي عليه سابقا بصورة سليمة في ذلك العقد • فوجود الرضى وسلامته من الشوائب التي تعيبه انما هو ضروري في مرحلة الانعقاد • أما بعد ذلك فليس من الواجب أن يتم التنفيذ بالتراضي كما يتم الانعقاد ، بل كثيرا ما يقع التنفيذ بقوة القضاء جبرا على الطرف الممتنع بعد أن يكون رضاه عن التعاقد سليما كما بيناه •

---

(١) **ملاحظة** : قد بحث الاستاذ السنهوري بحثاً مستفيضا موفقا عن الغلط التعاقدي في الفقه الاسلامي في الجزء الثاني من كتابه الجديد : « **مصادر الحق في الفقه الاسلامي** » الذي صدر بعد الطبعة الثالثة لهذا المدخل الفقهي •

وقد اعتمدنا على بحثه هذا في الغلط واقتبسنا منه في هذه الطبعة الجديدة لهذا المدخل ...

وهذا الاجبار القضائي على التنفيذ لا يخل بالرضى المطلوب في انعقاد العقود ، بل هو احترام لهذا الرضى الذي سبق وجوده سليما ، وانشأ بين المتعاقدين حقوقا ووجائب ملزمة لهما شرعا في حدود حقوقهما الخاصة التي يملكان التصرف فيها .

غير ان هناك حالات من اختلال التنفيذ لها صلة وثيقة بالتراضي السابق . وذلك في حالات لا يستطيع فيها القاضي ان يحقق تنفيذ العقد بالشكل الذي وقع عليه التراضي اذا طلب اليه ذلك . فعندئذ يعتبر لاختلال التنفيذ ـ سواء أكان بتقصير من احد العاقدين ، أو بسبب لا يد له فيه ـ تأثير في ذلك الرضى السليم السابق من العاقد المتضرر فيصبح غير سليم ، لان ذلك الرضى لم يوجد منه الا على أساس الوصول الى تنفيذ العقد وفقا لحدوده المتفق عليها[1] .

واشهر حالات هذا النوع من اختلال التنفيذ الذي يعيب الرضى السابق أربع :

أ ـ تفرق الصفقة .

ب ـ ظهور عيب غير مدلس في المبيع .

ج ـ ظهور المبيع مرهونا أو مأجورا .

د ـ امتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الاجبار فيه على التنفيذ العيني . وايضاح ذلك فيما يلي :

---

(١) علماء القانون يفصلون فصلا نهائيا بين **مرحلة الرضى** في العقد **ومرحلة تنفيذه** . وبحسب النظر القانوني لايمكن رجوع شيء من حالات اختلال التنفيذ الى عيوب الرضى ولو تعذر **التنفيذ العيني** ، لانه يوجد في القانون عند تعذر التنفيذ العيني طريق اخرى لتنفيذ العقد جبرا هي : **التنفيذ بطريق التعويض** .

٢/١٩٢ - أ - تفرق الصفقة(١) :

تفرق الصفقة معناه تجزئة العقد . ويكون ذلك في عقود المعاوضات المالية عندما يحدث ما يستوجب هذه التجزئة ، كما لو اشترى شخص شيئا فهلك بعضه في يد البائع قبل التسليم . فالبيع في هذه الحال يبطل حتما في حق الجزء الهالك من البيع لفقدان محل العقد ، اذ لا عقد بلا محل . وهكذا تتفرق الصفقة على المشتري لانه اشترى الكل فلم يتحقق له الا بعضه ، فيضطر أن يتمم مطلوبه بصفقة أخرى ربما لاتتيسر له ، أو تكلفه ثمنا أكثر . ففي هذه الحال يمنح المشتري خيارا في أخذ الباقي بحصته من الثمن أو ابطال العقد (رد المحتار : اول خيار الشرط ٤٦/٤) . ومعنى ذلك ان تفرق الصفقة - الذي هو اختلال في التنفيذ - عاد من الرضى السابق فعابه ، لان المشتري لم يصدر منه ذلك الرضى الا على أساس شراء جميع المعقود عليه ، لا بعضه فقط .

ومثل ذلك يقال فيما اذا لم يحدث سبب تفرق الصفقة بعد العقد - كالهلاك - ، بل كان موجودا قبل التعاقد لكنه كان خفيا فظهر بعد التعاقد ، كما لو بيع شيء محدد المقدار فظهر أنقص من القدر المسمى في العقد . فهذا أيضا تفرق للصفقة يختل فيه التنفيذ ويعيب الرضى ، فيوجب الخيار للمشتري بطريق الاولوية (ر : المجلة /٢٢٣ - ٢١٨ / ومرشد الحيران ٣٥٤ - ٣٥٨) ذلك لان نقصان المحل مصاحب في الواقع تكوين العقد وان تأخر ظهوره ومعرفته . فهو اشبه بالغلط الواقع حين التعاقد ، بل يمكن اعتباره أيضا صورة من الغلط .

---

(١) **الصفقة** في لغة العرب تستعمل بمعنى العقد . وأصلها انهم كانوا عندما يتفق المتبايعان يضرب أحدهما بيده على يد الآخر عنوانا على الاتفاق (ر : **المصباح**) .

ومثل ذلك أيضا ما لو بيع شيء تضره التجزئة ، فظهر مستحق[1] بعضه . فان المشتري يخير في حق الباقي ، لا تتقاض التنفيذ في الجزء الذي استحق فيختل الرضى السابق لاختلال التنفيذ . (ر : الدرر أواخر باب الاستحقاق ٢/١٩٣ ومرشد الحيران/١٤٢) .

٣/١٩٢ - ب - ظهور عيب في المبيع غير مدلس :

تقدم أن العيب في الشيء المبيع اذا دلسه البائع على المشتري تدليسا فانه يعتبر من قبيل **الخلابة** ، ويوجب الخيار للمشتري . (ف١٧٧/٤).

أما العيب غير المدلس - وهو الذي لم يكن البائع نفسه يعلم به - فقد تقدم انه يعتبر من قبيل **الغلط** ، ويثبت فيه الخيار أيضا للمشتري ولو لم يوجد من البائع خلابة ، لان المفروض ان المشتري انما يشتري على أساس السلامة من العيوب الخفية فاذا تبين خلافه كان واهما وواقعا في غلط واضح ، لان ارادته في قصد السلامة تعتبر مكشوفة ، ومن المقرر في القواعد : **ان العبرة في العقود للمقاصد** .

وهنا نرى أيضا ان العيب غير المدلس ، كما يمكن عده في الغلط ، يمكن اعتباره أيضا من قبيل اختلال التنفيذ - ولا سيما اذا حدث العيب في المبيع وهو في يد البائع بعد البيع قبل التسليم - لانه اذا

---

(١) الاستحقاق هو ان يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ، ويثبتها بالبينة ويقضى له بها . فاذا كان الشيء المستحق قد وصل الى ذي اليد بطريق الشراء ، يتبين ان البائع قد باع مالا يملك ، فينفسخ البيع ويرجع المشتري على البائع بالثمن ، كما يرجع هذا البائع على بائعه أيضا ، وهكذا . . .

والاستحقاق قد يقع على الشيء ، وقد يقع على بعضه فقط فيسمى : **استحقاقا جزئيا** .

كان المفروض في العقد سلامة المبيع ، فبظهور العيب يختل التنفيذ اختلالا لا يمكن تلافيه قضائيا . ذلك لان القاضي لا يستطيع بسلطته ان يحقق تنفيذ البيع وفقا لما تم عليه التعاقد ، فيعيد الشيء المعيب سليما . وبهذا الاختلال في التنفيذ **يختل رضى المشتري** ، نظير ما تقدم في حالة تفرق الصفقة ، فيمنع حق الابطال المسمى **خيار العيب** [1] . (رد المحتار ٤/٧٢ والمجلة/٣٣٦ - ٣٣٧) .

٤/١٩٢ - ج - ظهور المبيع مرهونا ، أو مأجورا :

اذا باع شخص شيئا ، ثم تبين أن المبيع مرهون لدى شخص آخر ، أو مأجور له ولما تنقض مدة الاجارة ، والمشتري لا يعلم ذلك عند الشراء ، كان له الخيار . ذلك المبدأ العام في العقود أن العقد بين اثنين لا يمكن ان تتأثر به حقوق مكتسبة لغيرهما ، لان العاقدين لا سلطة لهما الا على حقوقهما الخاصة .

ففي مثالنا حق المستأجر في منفعة المبيع المأجور بقية مدة الاجارة ، وحق الدائن المرتهن في احتباس المبيع المرهون حتى وفاء الدين ، هما حقان مصونان لا ينقضهما بيع المالك المؤجر أو الراهن .

ونتيجة ذلك ان المشتري لايستطيع المطالبة بتسليمه المبيع الذي اشتراه حتى تنقضي الاجارة ، أو يفك الرهن . وبذلك يختل تنفيذ البيع ، ويختل تبعا لذلك رضى المشتري الذي لم يشتر الا على أساس انه سيستلم المبيع من فوره ، وهو لا يعلم انه مرهون او مأجور .

---

(١) نعيد هنا الى الذاكرة مانقلناه سابقا عن الامام الكاساني في حاشية الفقرة (١٩١/٥ ص ٤٢٩) من قوله في تعليل خيار العيب : « ... **ولان السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل ، فقد اختل رضاه** » .

فلذا يعتبر الفقهاء هذه الحال عيبا يلحق رضى المشتري ، فيمنحونه خيارا يخير بموجبه : بين ان ينتظر انتهاء مـدة الاجارة او فكاك الرهن لكي يتسلم المبيع ، او ان يطلب ابطال البيع • (ر : المجلة/٥٩٠ و ٧٤٧) •

١٩٢/٥ ـ د ـ امتناع العاقد عن الوفاء بشرط لايمكن الاجبار فيه:

اذا امتنع العاقد عن الوفاء بشرط صحيح اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد ، فالاصل في ذلك ان يجبر الممتنـع عن تنفيذ الشـرط بسلطان القضاء ، كما تقدمت الاشارة اليه (ف/١٩٢) • وهذا ما عليـه الاجتهـاد الحنفي واجتهادات أخرى •

ولكن قـد تعترض هـذا النظـر صـور وحوادث لا يمكن بحسب طبيعتها الاجبار القضائي فيها • وذلك كما لو باع شخص شيئا بثمن مؤجل الى أجل ، واشترط على المشتري ان يعطيه رهنا معينا أو أن يكفله كفيل معين • وانبرم العقد على هذا الشرط ، ثم امتنع المشتري عن تقديم الرهن او الكفيل ، أو رفض الشخص الثالث أن يكفل •

فالرأي الفقهي الراجح في هذه الحال أنه لايمكن اجبـار المشتري قضائيا على اعطـاء الرهن المطلوب • ذلك لان الرهن عقـــد عيني كالتبرع فلا يصير تاما ولازما في حق الراهن الا بالتنفيذ والتسليم • وهو عـلى كل حال عقد لا ينعقد الا بالتراضي ، ولا يمكن انتزاع الرضى جبرا على صاحبه • (ر : البدائع ٥/١٧١)[1] •

---

(١) هذا نظر أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة •

وذهب زفر بن الهذيل من اصحاب ابي حنيفة الى ان المشتري يجبر على اداء الرهن اذا امتنـع ، لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقـا من حقوق العقد يجبر على تنفيذها الطرف الممتنع (ر : « **البدائع** » أيضا) •

ومثل ذلك يقال فيما اذا امتنع المشتري عن تقديم الكفيل المشروط •

وعندئذ يختل تنفيذ البيع اختلالا لا يمكن تلافيه عن طريق القضاء ، فيختل تبعا له الرضى السابق من البائع ، لانه لم يبع الا على أساس تقديم الرهن أو الكفيل ، فيمنح حق ابطال البيع ان شاء •

وعلى هذا يجب التمييز بين **اختلال** التنفيذ **والاخلال** به •

ـ فاختلال التنفيذ هو ما يكون نتيجة لحادث لا مجال معه لتنفيذ العقد على الشكل الذي تم عليه التراضي ، وذلك كما في حالة تفرق الصفقة بهلاك بعض المبيع أو استحقاقه • وهذا الاختلاف يعيب الرضى دائما ويسوغ ابطال العقد •

ـ أما الاخلال بالتنفيذ فهو الذي يكون امتناعا من أحد العاقدين عن تنفيذ العقد بالشكل الذي تم عليه التراضي • أي انه تعنت من أحد العاقدين عن التنفيذ وهو قادر عليه •

وهذا الاخلال من أحد العاقدين لا يؤدي دائما وحتما الى تعيب رضى الآخر وتخييره في ابطال العقد كما في حالة الاختلال ، بل يميز فيه بين حالتين : اما ان يكون من الممكن اجبار الممتنع على التنفيذ العيني بقوة القضاء ، وحينئذ لا يعيب الرضى ؛ واما أن لا يمكن فيه اجبار الممتنع ، فيعود عندئذ هذا الاخلال بتأثير منعطف على الرضى السابق ، فيعيبه ويجيز ابطال العقد •

وهذا التفصيل الذي رسمناه هنا في حكم الاخلال بالتنفيذ هو الذي تقوم على أساسه نصوص المجلة وسائر النصوص الفقهية في

المذهب الحنفي[1] ·

ملاحظـــات

١٩٢/٦ – يتضح مما سلف بيانه في مباحث عيوب الرضى كلها الملاحظتان التاليتان :

١ – أن العقد في الفقه الاسلامي يقوم على أساس التراضي الحر وافتراض الصدق والامانة وحسن النية بين المتعاقدين في انشاء العقد ثم في تنفيذه كما تم عليه اتفاقهما ، وفاقا لقول الله تعالى في القرآن العظيم :

---

(١) النظريات القانونية في آثار العقد تقضي بأن يمنح العاقد حق فسخ العقد عند امتناع العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في العقود الملزمة لجانبين كالبيع والاجارة والصلح ، ولو كان من الممكن اجبار الممتنع على التنفيذ العيني قضائيا ، ويسمى هذا في اصطلاح علماء القانون : **حق الفسخ** (وهم يميزون في اصطلاحهم بين الفسخ والابطال : **فحق الفسخ** يستعمل في هذا المقام عند امتناع العاقد عن التنفيذ ، وحق **الابطال** يستعمل في حالات عيوب الرضى فقط) ·

وحجة علماء القانون في حق الفسخ هي ان العاقد قد تفوت مصلحته في التنفيذ العيني اذا لم يتم التنفيذ في الموعد المحدد في العقد ؛ فيجب ان يعطى مجالا للتحلل من رباط العقد ان شاء ، (مع تضمين العاقد الممتنع عن التنفيذ تعويضا عما لحق رفيقه من ضرر بسبب الامتناع الذي اضطره الى الفسخ) وبهذا اخذ قانوننا المدني الجديد في المادة /١٥٨/ منه ·

والذي أرى ان هذا النظر القانوني وجيه عادل · وهو مقبول في قواعد الشريعة الاسلامية وفقهها الذي من أهم أسسه قاعدة دفع الضرر المستمدة من قول الرسول عليه السلام : « **لا ضرر ولا ضرار** » (ر : ف ٤٧ و ٥٨٦) واذا كانت نصوص المذهب الحنفي لا تتقبله ، فان في قواعد المذاهب الاخرى ونصوص فقهائها ما يؤيده تمام التأييد كما ظهر لي من تتبع هذا الموضوع في فقه المذاهب ·

« يا أيهـا الذين آمنـوا لا تاكلـوا اموالكـم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ٠

وقد شرعت لتأييد هذا الاساس خيارات تمنح للعاقد فتعطيه حقا في ابطال العقد كلما شابت ارادته شائبـة يختل معهـا رضـاه ، مما يسمى في لغة القانون : **عيوب الرضى** ٠ وذلـك اما لحماية العاقد من أن يـذهب ضحية اطمئنانـه الى واجب الصـدق وحسن النيـة المفترضين في رفيقـه اذا حاول رفيقه أن يستغل اطمئنانه هذا فيغدر به ، كما في صور الخلابة ؛ واما لاحترام الارادة السابقة من العاقد عندما يطرأ بعد العقـد ما يخالف مبناها ويوجب اعـادة النظر فيهـا ولو دون تقصير من العاقد الآخر كما في حالة تفرق الصفقة[1] ٠

٢ ـ أن العبـرة في بنـاء العقـد وترتب أحكامـه انمـا هي للارادة الظاهرة بالايجاب والقبول ٠ فما دخل تحت دلالتهـا وحدودها فهـو المعتبر دون المقاصد الباطنيـة في نفس احد العاقدين مما هو مستتر عن العـاقد الآخر ومعذور في جهله ، ما لم يدل على شيء من هذه المقاصـد دليـل

---

(١) الخيارات التي تمنح لاحد العاقدين فتعطيه حق ابطال العقد ، دفعا للضرر عنه ، هي في الفقه الاسلامي اكثر عددا مما رأينا هنا في مباحث عيوب الرضى ، ولكن ما رأيناه هنا هو أهمها ٠

ومنها ما لاينشأ عن عيب في الرضى ، كخيار الشرط ، المشروع لتمكين العاقد من التروي ولا ينبت للعاقد الا اشتراطا في العقد ٠

وقد عدد الحصكفي في الدر المختار معظم هذه الخيارات في اول باب خيار الشرط من كتاب البيوع ، فبلغت **تسعة عشر** نوعا (ر : رد المحتـار ٤/٤٥ ـ ٤٦/ والمجلة /٣٠٥ ـ ٣٦٠) ٠

وسيأتي بحث اجمالي ايضا عن الخيارات بوجـه عام في آخـر بحث « **الالزام** » من الآثار العامة للعقود فلينظر (ف/٢٠٣) ٠

يجعلها واضحة بالنسبة الى العاقد الآخر ؛ فعندئـذ تدخـل تلك المقاصـد في حساب العقد ، ويحتج بها على العاقد الآخر ، كما ظهر من الامثلة التي اوردناها في الغلط الواضح ، وفي اختلال التنفيذ •

وبذلك يكون الفقه الاسلامي قد وفق في نظرية العقد توفيقا جيدا بين مبدأ احترام الارادة ومبدأ استقرار التعامل ، فجمع بين المبدأين خير جمع ، ووزع اعتبارهما على الاحوال المختلفة خير توزيع •

الفصل الثالث

آثار العقد وما اليها

الآثار العامة للعقود

النفاذ ، والالزام

١٩٣ ـ للعقود آثار عامة ، وآثار خاصة تخص بعضها دون بعض •

ـ فالآثار الخاصة هي الاحكام والنتائج الحقوقية التي تترتب على كل عقد بحسب موضوعه •

فالبيع ينقل الملكية لقاء عوض ؛ والهبة تنقلها بلا عوض ؛ والاجارة تفيد تمليك المنافع بعوض أيضا ؛ والرهن ينشيء حق احتباس مال المدين في مقابل الدين ؛ والوكالة تنيب الوكيل عن الموكل في التصرف ؛ وهكذا ••• فكل عقد له أثر خاص به هو حكمه الشرعي ، ويبحث عنه في بابه المخصوص •

ـ وأما الآثار العامة فهي ما تشترك فيه العقود ، جميعها أو معظمها ، من أحكام ونتائج ؛ وهي غرض مباحثنا هنا •

فللعقود أثران عامان يعتبران من النتائج الطبيعية الاصلية في معظم العقود والاتفاقات ، وهما : **النفاذ والالزام** •

وسنعالج كلا منهما اجمالا في بحث فرعي على حدة •

الفرع الأول

النفـــاذ

البحث الأوّل

معنى نفاذ العقود ـ نظريـة التوقف ، أو عـــدم النفاذ ـ أنـواع العقود الموقوتة ـ أنواع المانـع مـن النفاذ ـ استناد النفاذ (أي أثره الرجعي) بعـد زوال المانع ـ قاعدة : « الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » ـ ملاحظـات •

١٩٤ ـ نفاذ العقود معناه أن العقد منتج نتائجه المرتبة عليه شرعا منذ انعقاده • أي ان حكم ذلك وآثاره الخاصة في الحقوق والاموال التي ورد العقد عليها حاصلة بمجرد رضى عاقديه •

ـ فنفاذ البيع مثلا معناه أنه بمجرد انعقاده صحيحا قـد نقل ملكية المبيع الى المشتري وملكية الثمن الى البائـع ، وأوجب بين الطرفين سائر الالتزامات الاخرى التي أنشـأها ؛ كوجوب التسليم والتسلم ، وضمان العيب في المبيع ان ظهر فيه عيب ، الخ •••

ـ ونفاذ عقد الزواج معناه أنه بمجرد انعقاده كذلك صحيحا قـد أحل المتعة الزوجيـة بين الزوجين ، وأوجب على كـــل منهمـا الحقوق والالتزامات المتقابلة التي ينشـئها العقد بينهما ، فأصبح الرجل مسـؤولا

بنفقة المرأة بحدودها وشرائطها المشروعة ، وأصبحت المرأة مسؤولة بمتابعته وطاعته المشروعة ، الخ ...

وهكذا يقال في كل عقد ، كالاجارة والصلح والقسمة وغيرها ..

فمتى كان العقد منتجا نتائجه منذ انعقاده صحيحا بالشكل المشروح سمي عندئذ : **عقدا نافذا** (ر : المجلة/٣٧٤) .

وعكس النافذ هو **الموقوف** . فالعقد الموقوف لا ينتج حكمه منذ انعقاده ؛ بل انه ـ رغم انعقاده صحيحا ـ تكون آثاره الخاصة النوعية وسائر نتائجه الحقوقية متوقفة ، أي معلقة محجوزة لا تتحقق ولا تسري لوجود **مانع يمنع** تحققها وسريانها شرعا .

وذلك كما في حالة الاكراه ، فان من استكره على اجراء عقد لا يريده يكون عقده موقوفا حتى يرضى بنفاذه عليه بعد زوال الاكراه ، كما تقدم في بحث عيوب الرضى[1] .

---

(١) تقدم هناك أن هذا أحد رأيين في المذهب الحنفي ، وهو رأي زفر بن الهذيل من أصحاب أبي حنيفة ، وهو الذي اعتمدناه ، والرأي الآخر ان الاكراه على عقد يجعله فاسدا لا موقوفا ، وهو رأي أبي حنيفة نفسه (ر : ف /١٨٥ الحاشية) .

وهنا تظهر ثمرة اعتبار الاكراه من أسباب عدم نفاذ العقود الى جانب اعتباره من عيوب الرضى كما تقدم . ذلك لأن من المقرر في نظرية الاكراه أن العقد المستكره عليه هو ، رغم انعقاده ، غير منتج لآثاره ما لم يرض به الشخص المستكره بعد زوال الاكراه ، بينما أن سائر عيوب الرضى الاخرى لا تمنع ترتب الاحكام على العقود التي تعتريها تلك العيوب ، وانما يمنح فيها العاقد الذي عيب رضاه حق الإبطال كما تقدم . ولذا وجب أن يعتبر في العقد بالاكراه معنى **زائد** على عيب الرضى **هو التوقف** .

وكذا لو باع شخص ملك غيره بلا اذن منه ،أو زوج الأب مثلا ابنته الكبيرة الراشدة دون اذنها . فالعقد هنا يتجاوز حقوق عاقديه ويمس حقوقا لغيرهما . وذلك الغير هو مالك الشيء المبيع في مثال البيع ، والبنت في مثال التزويج . فحقوق الغير هذه تعتبر مانعا يمنع من ثبوت آثار هذا العقد فتبقى هذه الآثار معلقة ما بقي هـذا المانع ، فلا تتحقق ولا تسري حتى يزول .

ففي مثال البيع لا تنتقل الملكية ولا يستحق الثمن ؛ وفي مثال التزويج لا تحل المتعة ولا تثبت الحقوق الزوجية حتى يزول ذلك المانع ، بأن يرضى المالك بالبيع الواقع على ملكه ، وترضى البنت بالتزويج الذي أجراه أبوها دون اذنها ؛ فعندئذ ينفذ ذاك البيع وهذا الزواج ، أي تترتب عليه آثاره النوعية المقررة له شرعا ، لأنه بزوال المانع يبرز الممنوع ، كما تقدم ، في بحث المانع (ف/١٤٣) .

هذه نظرية **التوقف** ، أو عدم النفاذ ، ترتكز كما ترى على نظرية المانع التي سلف شرحها آخر **المعلومات التمهيدية** المتقدمة في أول هـذا الباب الثـاني .

١٩٤/٢ ـ أنواع هذا المانع :

لكي نستطيع حصر أنواع هذا المانع الذي يمنع نفاذ العقود ، ونردها الى مبادىء عامة كلية يحسن :

ـ **أولا** : أن نعرض الانـواع الاساسـية للعقد الموقوف في مختلف صوره وأشكاله .

ـ **ثانيا** : أن نستخلص على ضوء ذلك العرض أنواع موانع النفاذ التي تتراءى من خلال أنواع العقد الموقوف ، وهذا ما سنعالجه فيما يلي :

٣/١٩٤ - (أ) - أنواع العقد الموقوف :

ان التتبع الفقهي يوقعنا على أنواع كثيرة للعقد الموقوف أوصلها فقهاء الحنفية الى ثمانيــة وثلاثين نوعا (ر : الـدر المختار ورد المحتار ، فصـل الفضولي من كتاب البيع ٤/١٣٩) .

غير أننا نخص بالذكر والايضـاح منها هنا سبعة أنواع نراهـا هي الانواع الاساسية التي يكفي عرضها لمعرفة موانع النفاذ وهي :

١ ــ **العقد بالاكراه :** على رأي من يرى أنه موقوف لا فاسد وهو رأي الامام زفر الذي اعتمدناه كما تقدم آنفا . (ف/١٩٤) .

٢ ــ **عقد الصغير المميز :** اذا تصرف في أمواله تصرفا يحتمل النفع والضرر ، كالبيـع والاجارة والقسمة والصلح الخ ... ذلك لأنه قاصر ناقص الاهلية فهو محجور شرعا حماية لحقوقه وأمواله . وانما يتصرف عنه نائبه الشرعي من ولي أو وصي .

فاذا عقد الصغير المميز بنفسه عقدا محتملا للنفع والضرر كان عقده غير نافذ ، لأن حق التصرف في ماله ليس له بل لنائبه الشرعي . فيتوقف عقده على اجازة نائبه ، فان رأى فيه المصلحة له أجازه فنفذ ، وان رده بطل ، كما سنرى في نظرية الاهلية والولاية[١] .

٣ ــ **عقد السفيه المحجور عليه :** والسفيه هـو من يبذر أموالـه ويبددهـا في طرق غير معقولة . فهـذا يحجر عليه القاضي ، ولو كان

---

(١) سنرى هنا أن سن التمييز تبـدأ شرعا وقانونا في **تمام السنة السابعة وتنتهي ببلوغ سن الرشـد** المحددة في قانون الاحوال الشخصية وفي القانون المدني .

كبيرا ، فيصبح بالحجر عليه قاصرا كالصغير المميز ، ويقيم القاضي عليه وصيا يتصرف عنه ، صيانة لماله وعياله •

فاذا عقد السفيه المحجور بنفسه عقدا محتملا للنفع والضرر كان عقده موقوفا على اجازة وصيه ، فان أجازه نفذ وان رده بطل •

٤ ـ عقد المدين بدين مستغرق :

المدين اذا استغرقت ديونه أمواله جاز شرعا للقاضي حجره ، أي منعه عن التصرف في ماله ، بناء على طلب غرمائه الدائنين صيانة لحقوقهم ، كيلا يلجأ بالتصرف الى تهريب أمواله من وجوههم • وعندئذ لا يحق له بعد الحجر عليه أن يتصرف في أمواله •

فاذا عقد عليها عقدا كما لو باع أو وهب أو رهن شيئا منها فعقده موقوف على اجازة الغرماء[1] •

---

(١) أما قبل الحجر عليه قضاء فقد كانت نصوص أئمة المذاهب الاجتهادية تقضي بنفاذ تصرفه باعتبار أن الديون **متعلقة بذمته** وعهدته ، أما أعيان ماله فهي حرة مثقلة بحق لاحد ، فينفذ فيها تصرفه • هذا هو المنقول في أصول المذهبين الحنفي والحنبلي •

ولكن المتأخرين من فقهاء الحنابلة لما كثر لجوء المدينين الى التصرف بأموالهم تهريبا لها ، **أفتوا بعدم نفاذ التصرفات المالية من المدين** الا فيما يزيد من أمواله عن وفاء ديونه بناء على قاعدة **المصالح المرسلة** •

ثم تبعهم متأخرو الحنفية فأفتوا أيضا **بعدم نفاذ وقف المدين** غير المحجور الا فيما يزيد من أمواله عن وفاء الدين بناء على قاعدة **الاستصلاح** أيضا عندما كثر التجاء المدينين الى **وقف أموالهم** ليكيدوا الدائنين ويحرموهم من الاستيفاء •

والذي نرى أن نص متأخري الحنفية على عدم نفاذ وقف المدين **يدل بطريق الاولوية على عدم نفاذ تبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الدائنين** •

(انظر ما تقدم ف/٧٠/ الحاشية ، وسيأتي أيضا ف/٥٤٣/ **الحاشية**) •

٥ ـ **تصرف المريض مرض الموت** [1] اذا تبرع بأي طريق كان (بهبة ، أو وصية ، أو بيع مع المحاباة بالثمن) بما يزيد عن ثلث تركته . فتبرعه هذا لا ينفذ في القسم الزائد عن ثلث التركة ، لأنه محجور عنه شرعا ؛ بل هو موقوف على اجازة ورثته ، فان أجازوه نفذ ، وان ردوه بطل . هذا اذا تبرع لغير الوارث ولم يكن عليه دين مستغرق لتركته .

فانْ تبرع **لاحد ورثته** كان تبرعه هذا موقوفا على اجازة باقي الورثة **مهما قل مبلغ التبرع** ، لأن تبرعه المنجز في مرض موته هو في حكم الوصية المضافة الى ما بعد الموت ومن المقرر في أحكام الشريعة بين جمهور المجتهدين أنه « **لا وصية لوارث** [2] » . (ر : ف/١٠٦) .

وان كان عليه دين مستغرق توقف تبرعه على اجازة الدائنين .

٦ ـ **تصرفات الرجل المرتد** عن الاسلام ، من معاوضات مالية كالبيع ، أو تبرعات كالهبة والوقف والوصية . فان عقوده في حال ردته وسائر تصرفاته المالية من هذا النوع تعتبر موقوفة غير نافذة : فاذا

---

(١) مرض الموت هو المرض الذي يقعد الشخص عن عمله المعتاد ويتصل بالموت ، فان شفي منه فهو مرض عادي وليس مرض الموت .

والشرع الاسلامي يطلق للشخص في مرض موته حق التبرع بثلث أمواله على الاكثر ، ويحجره عن التبرع بما زاد عن الثلث ، صيانة لحقوق الورثة .

وسيأتي تفصيل نظرية مرض الموت في بحث عوارض الاهلية (ف ٢/٤٦٢) .

(٢) هذا نص حديث نبوي مختلف في درجته لكنه مروي بطرق عديدة يقوي بعضها بعضا ، وقد تلقاه أئمة المذاهب بالقبول (ر : « نصب الراية » للزيلعي كتاب الوصايا ٤/٤٠٣ وشرح الجامع الصغير للمناوي تحت الحديث/٩٩٣٣) .

عاد الى الاسلام نفذت ، وان مات ، أو قتل ، أو التحق بدار الحرب وقضى القاضي باعتباره ملتحقا بها بطلت تلك العقود والتصرفات[1] .

٧ ـ عقد الفضولي :

الفضولي في اللغة هو : المشتغل بما لا يعنيه (القاموس) .

وشرعا هو : من تصرف في حقوق غيره **تصرفا قوليا** دون تفويض مشروع .

فاذا كان يتصرف في حقوق غيره بتفويض مشروع لم يكن فضوليا ، بل يكون نائبا عن ذلك الغير : اما **نيابة شرعية** كولي الصغير[2] . واما **نيابة قضائية** كالوصي الذي ينصبه القاضي على اليتيم ؟ واما **نيابة عقدية** كالوكيل .

أي ان التفويض يكون مصدره : اما الشرع ، واما القضاء ، واما التعاقد .

فمن لم يكن مفوضا في التصرف عن غيره من أحد هذه المصادر

---

(١) هذا نظر أبي حنيفة . أما صاحباه (أبو يوسف ومحمد) فيريان أن تصرفات المرتد نافذة ، لأن الردة لا تأثير لها في أهليته الثابتة . وحجة أبي حنيفة ان **ردة الرجل** جريمة عظمى توجب قتله شرعا . فتجعل ملكه في أمواله معلقا على نتيجة أمره ، وان نفاذ التصرفات في المال يستلزم ملكية ثابتة فيه للمتصرف .

أما المرأة فان ردتها لا توجب قتلها شرعا بل تحبس مؤبدا ، فملكيتها مستقرة بالاتفاق ، فتصرفاتها نافذة بالاتفاق (رد المحتار باب المرتد ٢٩٨/٣ و ٣٠٠) .

(٢) مثل أبيه ، ثم جده عند عدم الاب . وسنرى في نظرية الاهلية والولاية مراتب الاولياء وتسلسلهم وصلاحياتهم . (ف/٤٦٦ ـ ٤٦٨) .

فهو فضولي . وذلك كما لو باع شخص أو آجر ملك غيره ؛ أو عقد زواج امرأة دون اذنها . وكذا لو باع أحد الشريكين أو آجر ، أو رهن ، أو وهب المال المشترك جميعه ، أي حصته وحصة شريكه ، دون تفويض من الشريك ، فان العقد يكون موقوفا بالنسبة الى حصة الشريك .

وان العاقد في كل ذلك وأمثاله يسمى في اصطلاح فقهائنا **فضوليا** ؛ حتى أن الاب اذا عقد زواج ابنته الكبيرة الراشدة دون اذنها ، ولو كانت بكرا ، يعتبر أيضا فضوليا ويتوقف نفاذ عقده على اجازتها .

ملاحظة :

ويجب أن يلحظ في هذا المقام أن الفضول لا يكون الا في **حدود التصرف القولي** . اما اذا أعقب التصرف القولي بطريق الفضول **تنفيذ فعلي** ، كما لو باع شخص ملك غيره **وسلمه الى المشتري** ، فانه عندئذ يصبح غاصبا ، ويأخذ عمله حكم الغصب .

٤/١٩٤ ـ (ب) ـ أنواع المانع من النفاذ :

بعد عرض تلك الانواع الاساسية المختلفة الصور للعقد الموقوف يتراءى من خلالها أن الموانع المختلفة التي تمنع نفاذ العقد وتجعله موقوفا يمكن ردها جميعا الى نوعين اثنين **الاكراه ، وحق الغير** أي غير العاقدين :

ـ فأما الاكراه فأمره واضح مما تقدم في بحثه الخاص من عيوب الرضى .

ـ وأما حق الغير فله ثلاثة أوجه :

١ ـ اما أن يكون حق الغير متعلقا بعين المحل المعقود عليه ، كما في بيع ملك الغير . ويدخل في ذلك أيضا تبرع المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله ، فان التوقف فيه انما هو لحقوق الورثة .

وكذا تصرف المرتد ، فان التوقف فيه لحقوق الورثة أو بيت المال لأن عقوبة المرتد هي القتل **وجوبا** ما لم يرجع الى دين الاسلام .

٢ ـ واما أن يكون متعلقا بمالية المحل المعقود عليه دون عينه ، كما في تصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين ، فان حقوق الدائنين متعلقة بمالية أمواله لأجل استيفاء ديونهم وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله ؛ حتى أنه لو استطاع أن يأتي بمال آخر يفيهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة في أمواله تلك التي تعاقد عليها ، فلو كانت حقوقهم متعلقة بعين مال المدين كحقوق الورثة في أعيان التركة لما أمكن صرف الدائنين عن أخذ العين بدفع الدين اليهم نقدا .

٣ ـ واما أن يكون متعلقا بصلاحية التصرف نفسه لا بمحله المعقود عليه . ويدخل في ذلك تصرف ناقص الاهلية المحجور عليه **حجرا شرعيا** بسبب الصغر ، كالصغير المميز ، أو **حجرا قضائيا** بسبب السفه ، أو بسبب الدين المحيط .

فناقص الاهلية من صغير قاصر ، أو سفيه أو مدين محجورين ، لا يملك حق التصرف في حقوقه وأمواله ، لأن حق التصرف انما هو لنائبه من ولي ، أو وصي ، أو حارس قضائي ؛ فهو الذي يتصرف عنه ، كما سنرى تفصيله في نظرية الأهلية والولاية . فاذا تصرف ناقص الاهلية من تلقاء نفسه دون اذن من نائبه الشرعي كان متجاوزا على حق هذا النائب وصلاحيته ولو أنه انما يتصرف في حقوقه وأمواله . فيتوقف

تصرفه على اجازة ذلك النائب الشرعي صاحب حق التصرف : فان أجازه نفذ ، وان رده بطل .

١٩٤/٥ ـ النفاذ بعد التوقف يكون مستندا دائما :

يتضح مما سلف أن العقد غير النافذ يعتبر منعقدا صحيحا قبل الاجازة أو الرفض في نظر الاجتهاد الحنفي . فالاجازة من صاحب الحق تكسبه النفاذ ، والرفض يلغيه .

وبناء على ذلك اذا وجدت الاجازة يكون لها استناد وانعطاف ، أي تأثير رجعي . فبعد الاجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده ، لأن الاجازة لم تنشىء العقد انشاء بل أنفذته انفاذا ، أي فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقفة لكي تمر وتسري ، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولد لها اعتبارا من تاريخ انعقاده لا من تاريخ الاجازة .

والنظرية الحاكمة في هـذا الموضوع هي ان : **الاجـازة اللاحقـة كالوكالة السابقة .**

فبعد الاجازة يعتبر العاقد الفضولي كوكيل عن صاحب الحق قبـل العقد . وبما أن تصرفات الوكيل نافذة على الموكل منذ صدورها يكون عقد الفضولي نافذا على المجيز نفاذا مستندا الى تاريخ العقد .

والاجازة لا تنحصر في التعبير الصريح ، بل كل وسائل التعبير عن الارادة من وسائل صريحة أو ضمنية ، وقولية أو فعلية ، ممـا يقبل في انشاء العقود ، تقبل في اجازة العقد الموقوف .

فمن بلغه بيع فضولي لماله ، فسلم الى المشتري ذلك المال طوعا ، يعتبر تسليمه اجازة لعقد الفضولي .

واذا عقد فضولي زواج امرأة على رجل فبلغها العقد ، فطاوعت في الزفاف اليه ، كان ذلك منها اجازة •

ولصحة الاجازة بعض شرائط ترى في بحث الفضـولي من كتاب البيع في مدونات الفقه الحنفي (ر : رد المحتار ٤/١٤٠ والمجلة /٣٨٧)•

وأهم تلك الشرائط أن لا يسبق الاجازة رفض من صاحب حـق الاجازة ، لأنه اذا سبق منه رفض للعقد الموقوف بطل العقد ، فلا يقبل اجازة بعد ذلك ، كما سنرى في بحث البطلان من نظرية المؤيدات •

١٩٤/٦ ـ ملاحظات :

يجب أن يلحظ على ضوء ما تقدم من المباحث الملاحظتان التاليتان :

١ ـ ان العقد الموقوف لا يكون دائما متوقفا نفاذه على اجازة شخص غير العاقد ، بل هذا هو الاغلب ؛ فقد يكون متوقف النفاذ لا على اجازة أحد ، بل على زوال حالة أوجبت عدم النفاذ • كما في تصرفات المرتد عن الاسلام • فان نفاذ تصرفاته تتوقف على عودته الى الاسلام في نظر أبي حنيفة : فاذا عاد الى الاسلام نفذت تصرفاته الموقوفة ، واذا مات على الردة ، أو قتل ، أو التحق بدار الحرب[1] بطلت •

---

(١) دار الحرب في اصطلاح الفقه الاسلامي ليس معناها البلد الذي فيه حرب فعلية قائمة مـع الدولة الاسلامية ، بل كل بلـد ليس للدولة الاسلامية عليه سيطرة تتمكن معها من اجراء أحكام الاسلام فيه علنا هو دار حرب ، لاحتمال قيام حرب بين أهله والمسلمين • ويلحق بدار الحرب البحار الملحة والمفازات التي لا سيطرة عليها لأحد (ر : المحتار آخر باب « **المستأمن** » من كتاب الجهاد ٣/٢٤٤ و ٢٥٥) •

٢ ـ ان الغاية الشرعية من نظرية التوقف ليست دائما حماية حق الغير • بل قد تكون غاية التوقف في كثير من الحالات حماية حق المتصرف نفسه ، كما في العقد بالاكراه ، وعقد الصغير المميز •

كما يلاحظ أنه حتى في هـــذه الحالة (التي يكون فيهـا التوقف لحماية حق العاقد نفسه) يمكن أن يعتبر المانع من النفاذ هو حق الغير • وهذا واضح لا غرابة فيه بعد أن عرفنا أن حق الغير ليس من الضروري أن يكون متعلقا بمحل العقد ، بل قد يكون في صلاحية التصرف • فالمانع على النفاذ في عقود الصغير ناقص الاهلية هو حـق الغير ، أي حق نائبه الشرعي في التصرف عنه • أما الغاية الشرعية من وقف عقود هذا الصغير على اجازة نائبه الشرعي فهي حماية أموال الصغير المتصرف نفسه وحماية حقوقه من سوء تصرفه ، لعدم رشده •

المبحث الثاني

مدى نفاذ العقود على الاشخاص

١٩٤/٧ ـ رأينا أن العقد لا يجوز أن يتجاوز على حقوق الغير ، فان تجاوز توقف وامتنع نفاذه ، كما في عقد الفضولي •

لكننا نرى أشخاصـا غـير العاقد ينفذ عليهـم عقد العاقد وتقيدهـم التزاماته الحقوقية كما لو كانوا هم العاقدين ، **فهم في حكم العاقد نفسه** ، وليسوا أشخاصا ثالثين ، بالمعنى المقصـود من لفظ « **الغير** » • وذلك كما لو رهن شخص بعض ماله في مقابل دين عليه ، ثم مات ، فان هـذا الرهن نافذ عـلى ورثته ، وان لم يعقدوه هم • فلا يستطيعون أخـذ المرهون من المرتهن واقتسـامه بينهم ما لـم يوفوه الـدين كاملا ؟ وان

كانوا غير مجبرين على وفاء الدين من أموالهم الخاصة ان لم يكن في التركة وفاء •

لذلك وجب أن نعرف من هم الاشخاص الذين في حكم العاقد فتسري عليهم آثار عقده وتنفذ في حقوقهم ، فيكون سواهم هو المقصود بكلمة (الغير) في قولنا : **ان العقد لا ينفذ في حقوق الغير** •

ان تتبع الاحكام الفقهية فيما يتعلق بالعقد وآثاره تدل على أن الاشخاص الذين لهم حكم العاقد نفسه من كل الوجوه أو من بعضها فتنفذ في حقهم وتسري عليهم آثار عقده ضمن حدود معينة ، هم الاصناف التاليـة :

أ ـ **المنوب عنه** في العقد المعقود بطريق النيابة ، في جميع صورها (من ولاية ، أو وصاية ، أو وكالة)[1] •

فعقد النائب عن المنوب عنه نافذ على هـذا الاخير كما لو باشره بنفسه وهو أهل لمباشرته • فالوكيل ببيع أو اجارة أو صلح أو تزويج أو تطليق أو بأي تصرف آخر اذا قام بهذا التصرف عن موكله ضمن حدود وكالته تسري على الموكل جميع الآثار النوعية لهذا التصرف من تمليك والتزامات واسقاطات وزوجية وفراق ، بحسب نوع التصرف الموكل به •

---

(١) **الولاية هي** نيابة شرعية ثابتة لبعض أقرباء الشخص القاصر كابيه وجده بترتيب معين •

ولوصاية هي نيابة قضائية لشخص ينصبه القاضي للتصرف عن أيتام قاصرين يسمى : **وصيا** •

والوكالة نيابة تعاقدية ، كما تقدم في النوع /٧/ من العقود الموقوفة وهو عقد الفضولي •

وكذا الولي أو الوصي علـى صغير قاصر أو على كبير مجنون ، اذا أبرم عقـدا لمصلحة الصـغير أو المجنون **ضمن حدود سلطة الولايـة أو الوصاية شرعا** ، كما لو اشترى لهما ما يحتاجان اليه أو باع ما يستغنيان عنه ، أو آجر مالهما أو استأجر لهما ، الخ ...

فكل ذلك نافذ سـاري الآثار على الصـغير أو المجنون . فيملكان ما اشتري لهما ، ويلتزمان بثمنه في أموالهما يوفيه بالنيابة عنهما الولي أو الوصي ، كما يخرج من ملكهما ما بيع من أموالهما .

ومن هذا القبيل العقود التي يجريها الحاكم عـلى الافراد بمقتضى سلطته الشرعية وولايته العامة ، كبيع القاضي أموال المدين المماطل لأجل وفاء الدين ، وبيعه الاموال المحتكرة جبرا على محتكريها .

وهذا النفاذ المباشر في عقد النائب على المنوب عنه هـو المميز الاساسي لعقد النائب عن عقد الفضولي كما تقدم .

٢ ـ المتفضل عليه (١) :

يوجـد حالات استثنائية يعتبر فيها غـير النائب كالنائب في تصرفه

★ (١) في الفقه القانوني عند علمـاء القانون لا توجد نظرية **العقد الموقوف** كما في الفقه الاسلامي .

ولكن في مصادر الالتزام يبحثون فيما يسمونه « **الفضالة** » وأسميناه نحن هنا فيما يتعلق بالعقود « **تفضلا** » ويوسعون حق المتفضـل في الزام المتفضل عيله ونفاذ تصرفاته في حقه الى نطاق يعتبر في نظر الفقه الاسلامي **فضولا** محضا لا **تفضلا** .

وقد رأينا أن لفظ « **الفضالة** » غير موجود في العربية ، فاستبدلنا به لفظ « **التفضل** » وآثرنا استعماله هنا في فقهنا عنوانا عـلى الحالات الاستثنائية التي ينفذ فيها تصرف الشخص على غير دون سابق اذن .

وبذلك نميز بين موضوعين يجب التمييز بينهما في الاسم ، وهما :

←

بشؤون غيره وذلك كما لو كان شخصان مترافقين في سفر فمات أحدهما ، فقام الثاني بتجهيزه ودفنه وجمع أمواله ونقلها الى ورثته ؟ وفي سبيل ذلك باع أمتعته واشترى ما يحتاج اليه تجهيزه ودفنه • فان تصرفاته هذه تنفذ على أصحاب الحقوق في تركة الميت استحسانا ، ولا يعتبر الرفيق فضوليا • ولا يضمن ما أنفق • وقد فعل ذلك الامام محمد ، اذ مات بعض تلامذته ، فباع محمد كتبه لتجهيزه فقيل له : « انه لم يوص » (أي انه لم يعين قبل وفاته وصيا على تركته لادارتها) فتلا محمد قوله تعالى : « والله يعلم المفسد من المصلح » •

فما كان على هذا القياس من التفضل فمقبول • وضابطه الذي تدل عليه الفروع الفقهية أن يكون التفضل **مستندا الى عرف ، أو اضطرار** • ولـه أمثلة كثيرة مذكورة في كتاب الغصب من رد المحتار (٥/١١٧) ، وفي الاشباه والنظائر لابن نجيم ، كما سنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية وهو (المدخل الى النظرية العامة للالتزام في الفقه الاسلامي ف/٦٥) •

ومن هذا القبيل تصرف أحد الشريكين في الانفاق على اصلاح العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة اذا احتاج الى النفقة التعميرية الضرورية وامتنع الآخر عن الانفاق ، فان لشريكه أن ينفق هو ، ويرجع عليه بحصته من النفقة[1] •

←

ـ « **الفضول** » الذي يتوقف فلا ينفذ •

ـ « **والتفضل** » الذي ينفذ على الغير ويلزمه •

(١) نصت المادة /١٣١٣/ من المجلة على أن الشريك المنفق في هذه الحال اذا أنفق باذن الحاكم يرجع على شريكه بحصته من النفقة الفعلية • أما اذا أنفق بدون اذن الحاكم فانه يرجع على شريكه بحصته من قيمة الابنية والتعميرات والفرق بينهما أن قيمتها مبنية تكون في العادة أقل مما أنفق قليها فعلا •

فهنا أيضا نفذت على الشريك عقود النفقة التي أجراها شريكه الآخر دون نيابة عنه أو اذن .

٣ ـ **الوارث** : فان جميع عقود مورثه التي يعقدها منجزة في حال صحته وكمال رشده وينشىء بها لغيره حقوقا عينية تتعلق بشيء من أعيان ماله ، أو ينشىء بها التزامات مالية على نفسه ، كل ذلك تعتبر تركته مثقلة به ، ويعتبر نافذا في حق الوارث يحتج به عليه ، فلا يخلص له من التركة شيء الا ما فضل منها عن وفاء هذه الحقوق .

فمثلا لو أن المورث كان راهنا لبعض ماله فأراد الوارث أن يأخذ المرهون من المرتهن بحجة انه قد ملكه ارثا ؛ لا يحق له ذلك الا بعد وفاء الدين الذي على التركة ، لأن للمرتهن حقا في مالية المرهون ثبت له بعقد المورث قبل ثبوت ملك الوارث في التركة . وهكذا يقال فيما سوى ذلك من العقود .

٤ ـ **الموصى له** بعين معينة من تركة الموصي :

فان هذه العين الموصى بها اذا كانت لا تتجاوز ثلث التركة تنتقل الى الموصى له مثقلة بجميع الحقوق التي كان أنشأها عليها الموصي بعقد صحيح .

فلو كانت العين مأجورة تكون الاجارة نافذة في حق الموصى له ، وسارية عليه ، فلا يستطيع أخذ العين الا بعد انقضاء مدة الاجارة[1] .

---

(١) الاجتهادات الاسلامية مختلفة في انفساخ عقد الاجارة بموت أحد العاقدين أو عدم انفساخه .

والراجح في الاجتهاد الحنفي الانفساخ ، وفي الاجتهاد الشافعي عكسه .

←

ـ يتضح من هـذه الاحوال التي يسري فيها وينفذ عقد الشخص على غيره ، ان هذا النفاذ على الغير يرجع الى أحـد سببين : **التمثيل** ، **والخلفية** •

ـ فالتمثيل هو كون العاقد انما يمثل شخص ذلك الغير ويقوم مقامه قياما مشروعا في **التعاقد نفسه** ؛ كما في حالتي النيابة والتفضل •

ـ والخلفية هي أن يحل **بعد التعاقد** غـير العاقد محل العاقد في ملكية أمواله وحقوقه ؛ كما في حالتي الوصية والارث •

وبما أن الخلفية ينتقل فيها الملـك والحقوق انتقالا عن العاقد الى غيره كان مـن الطبيعي أن تسري عـلى الخلف آثار عقود سلفه ، لأن الشخص **لا يستطيع تمليك أكثر مما يملك** ؛ وأمـوال السلف مثقـلة بآثار عقوده النافذة عليه ، فتنتقل كما هي ، لأن الانتقال لا يلغي الحقوق المكتسبة الثابتة[1] •

→

والمثل الذي أوردناه يتمشى على القول ببقاء الاجارة وعدم انفساخها بالموت ، وهو الذي عليه الاحكام القانونية لدينا •

(١) يقسم علماء القانون في هذا المقام الخلف الى صنفين :

ـ **خلف خاص** ، وهو الذي يخلف العاقد في ملكيـة عين أو أعيـان مخصوصة من ماله ، كالموصى له بعين معينة من التركة •

ـ **وخلف عام** ، وهـو الذي يخلف العاقد في جميع حقوقه وذمته ، وهو الوارث •

وللوارث في القوانين الاجنبية الاوروبية أن يقبل الارث أو يرفضه • فان قبله التزم بجميع ديون المورث ولو زادت عن التركة ، كما انه يستحق جميع حقوقه وأمواله • وهذا معنى كونه يخلفه في ذمته العامة •

أما في شريعة الاسلام فليس للوارث رفض الارث بل الارث جبري ، ولا يلتزم بديون المورث ، وانمـا تستوفى الديون من التركة قبل الارث كما تقدم (ر : ف/١٠٦) •

الفرع الثاني

الالزام واللزوم

١٩٥ ـ الالزام في اصطلاح نظرية العقد يقع على معنيين :

الاول ـ معنى : انشاء الالتزامات • فيقال عقد ملزم بمعنى أنه ينشيء على العاقد التزاما • (وسنرى قريبا معنى الالتزام) •

والثاني ـ معنى : عـــدم امكان رجوع العـاقد عن العقد بارادتـه المنفردة • فيقال : عقد ملزم ، بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد الا برضى العاقد الآخر • فكمـا لا يعقد العقد الا بالتراضي لا يفســخ الا بالتراضي •

وهذا المعنى يسمى أيضا في اصطلاح فقهاء الشريعة الاسـلامية : **لزوما** ، فيقال عقد **لازم لزوما** ، كما يقال : **ملزم الزاما** ، بمعنى أنـه لا يستطيع العاقد فسخه الا بالتراضي • وهـــذا التراضي على الفســخ يسمى عندئذ **اقالة** ، **او تقابلا** ، كما سنرى في الفصـل الرابع الباحث في انحلال العقد •

وانا ، بغية الدقة في تحديد المفاهيم العلمية ومنع الاشتباه ، سنقصر **لفظ الزام** ومشتقاته في العقود على المعنى الاول (انشاء الالتزامات) ، ونقتصر في المعنى الثاني (عـــدم امكان الرجوع عن العقد) عـــلى لفظ اللزوم ومشتقاته •

وسنعرض ـ في مبحثين متتاليين ـ بعض المعلومـات الاجمالية عن الالزام واللزوم •

البحث الأوّل

الالـزام

١٩٥/٢ ـ الالزام أثر عام لجميع العقود بلا استثناء • فما من عقد صحيح الا وينشيء التزاما معينا على أحد عاقديه ، أو التزامات متقابلة معينة بينهما موزعة عليهما هي من **الآثار الخاصة** للعقد ، بحسب موضوعه والشروط التي يتفق عليها عاقداه ضمن الحدود الجائزة شرعا •

ان البحث في أثر العقد الالزامي ، أي في انشائه للالتزامات ، يتناول النقاط التالية :

١ ـ تعريف الالتزام وتحديد أنواعه اجمالا •

٢ ـ الفرق بين **الالتزامات** التي ينشئها العقد ، **والحكم الاصلي** للعقد •

٣ ـ كيفية انشاء العقد للالتزامات ، ونظرية **مقتضى العقد**(١)•

واليك ايضاح هذه النقاط فيما يلي :

١٩٥/٣ ـ تعريف الالتزام ، وتحديد أنواعه :

الالتزام هو : **كون الشخص مكلفا بفعل ، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره •**

أ ـ فضمان ما يتلفه شخص لآخر من أموال محترمة هو التزام

---

(١) **المقتضى** : بصيغة اسم المفعول بمعنى « **الموجب** » (بصيغة المفعول أيضاً) •

يقع على عهدة المتلف لمصلحة صاحب المال • وكـــذا التعويض عن كل ضرر يلحقه شخص بآخر مباشرة أو يسببه له ، فانه التزام على المسبب لمصلحة المتضرر •

ونفقة الفقير العاجز على قريبه الغني في درجات معينة من القرابة هي التزام على هذا الغني لمصلحة قريبه الفقير •

وتسليم المبيـع ، وضمان عيوبه الخفية ، همـا التزامان عـلى البائع لمصلحة المشتري • وكذا أداء الثمن ، وتسلم المبيع ، هما التزامان عـلى المشتري لمصلحة البائع •

وكل من هـذه الالتزامات في هذه الامثلة هو **تكليف بفعل • فهي التزامات ايجابية •**

ب ـ وعدم التعدي على نفس انسان أو جسمه أو ماله أو كرامته هو التزام يوجبه الشرع على كل مكلف •

وكذا عدم استعمال الوديعة ، وعـــدم التقصير في حفظها ، همــا التزامان على كل وديع لمصلحة المودع يوجبهما عقد الايداع •

وكذا عـدم تجاوز الحد المعتاد في استعمال العاريـة وفي استعمال المأجور هما التزامان على المستعير وعلى المستأجر لمصلحة المعير والمؤجر ، ويجبان بعقدي الاعارة والاجارة •

وكل من هـــذه الالتزامات في هذه الامثلة هـــو **تكليف بامتناع** فهي التزامات سلبية •

١٩٥/٤ ـ ويتضح من هذه الامثلة ما يلي :

١ ـ ان الالتزام قـد ينشأ عن عقـد ، كالتزام المستأجر بالاجرة ، والتزام البائع بضمان العيب • وقد ينشأ عن مصـدر آخر غـير العقد ، كمـا في ضمان المتلفات وتعويض سائر الاضرار ، فان مصدره المبـاشر الذي نشأ الالتزام منه هو الفعل الضار ؛ وكما في الالتزام بنفقة الاقارب ، فان مصدره الشرع •

فاذا كان الالتزام ناشئا عن عقد رسمي سمي **التزاما عقديا** •

واذا كان ناشئا عن مصدر آخر سمي : **التزاما غير عقدي** •

٢ ـ الفرق بين الالتزامات والعقود :

فالالتزام هو غير العقد ؛ ولا يجوز التعبير بالالتزامات عن العقود كما يفعل بعض الطلاب • فهذا التعبير خطأ فاحش ، فان العقد مصـدر من مصادر الالتزام ، أي انه أحـد الاسباب المولدة للالتزامات ، لان الالتزام كمـا رأينـا هـو أثر حقوقي قـد ينشأ عن عقد فيكون **التزاما عقديا** ، وقد ينشأ عن سبب آخر كالغصب والاتلاف ، فانهما سببان لالتزام الغاصب والمتلف بالضمان المالي • (وسنرى في الجزء الثالث من هـذه السلسلة الفقهية حصر مصادر الالتزام) •

والخلاصـة أن بين العقد والالتزام الحاصـل ما بين المؤثر والاثر من العلاقة واختلاف المفهوم •

وبعد هذا التعريف والايضاح لمعنى الالتزام نعود فنقول :

ـ ان الالزام (أي انشاء الالتزامات بوجه عام بقطع النظر عن نوعها) هـو **اثر عـام** في كل عقد •

فلا يخلو عقد شخصين من انشاء التزام على أحدهما ، أو التزامات متقابلة عليهما • ذلك لان الغاية من كل عقد انما هي الوصول الى نتيجة حقوقية رضائية لم تكن حاصلة بين المتعاقدين قبل العقد ، والا كان العقد عبثا من قبيل تحصيل الحاصل •

ـ أما الالتزامات المعينـة التي ينشئها عقد معين ، كالبيـع والاجارة والرهن مثلا ، فهي **آثار خاصة لذلك العقد** الذي أنشأها ، كالتزام البائع بتسليم المبيـع والتزام المشتري بدفع الثمن نتيجة لعقد البيـع ؛ وكالتزام المرتهن بعدم التقصير في صيانة المرهون وباعادته بعد وفاء الدين ، ونحو ذلك مما سبقت أمثلته •

١٩٥/٥ ـ الفرق بين الالتزامات العقدية والحكم الاصلي لكل عقد :

ان الالتزامات التي ينشئها كـــل عقد بين عاقديه هي غـير الحكم الاصلي لذلك العقد • وايضاح ذلك أن كل عقد ينشىء نوعين من الآثار :

١ ـ الحكم الاصلي لذلك العقد •

٢ ـ والالتزامات المتنوعة التي ينشئها العقد •

أ ـ فأما الحكم الاصلي فهو **الاثر النوعي** للعقد ، أو هـو الغايـة الحقوقية الاساسية التي شرح ذلك العقد ليكون طريقا مشروعا للوصول اليهـــا •

وذلك كانتقال الملكية بعوض في عقد البيع ، وبلا عوض في الهبة • وكتمليك المنافع موقتا بعوض في الاجارة وبلا عوض في الاعارة • وكحل المتعة الزوجية في عقد الزواج ، وسقوط أسباب النزاع القائم بين المتنازعين في عقد الصلح ، وهلم جرا •••

يتضح بذلك أن الحكم الاصلي لعقد هو الذي يعتبر موضوعا لذلك العقد حين التعاقد ، بالمعنى الذي سبق شرحه للفظ« **الموضوع** » في الفصل الاول (ر : ف/١٤٨ ـ ١٤٩) •

ب ـ وأما الالتزامات التي ينشئها العقد فهي كـل تكليف بفعل أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد من أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر• كتسليم المبيع ، وضمان العيب ، وأداء الثمن ، وعدم استعمال الوديعة ، ونحو ذلك مما تقدمت أمثلته[1] •

---

(١) (ر : الدر المختار ورد المحتار ، أوائل كتاب البيوع ج٤ ص/٦)•

وان هذا التمييز الذي ميزناه بين **الحكم الاصلي** للعقد وبين **الالتزامات** التي ينشئها العقد هـو المستفاد من مجموع نصـوص فقهائنا في مختلف العقود • فان فقهاءنا في مطلع البحث عن كـل عقد بعد تعريفه وبيـان شرائطه يبينون في الغالب حكمه الاصلي ، وكثيرا ما يميزون هذا الحكم الاصلي عن أحكام أخرى تنشأ بالعقد نفسه أيضا يسمونها **أحكاما تابعة أو تبعية** • فقد قال صاحب الدر المختار شرح « تنوير الابصـار » في أوائل كتاب البيوع ما نصه :

« **وحكمه أي حكم البيع ـ ثبوت الملك** » •

أي ان حكم عقد البيع هـو ثبوت ملكية المبيع للمشتري انتقالا عن البائـع •

قال ابن عابدين في حاشيته « رد المحتار » تفسيرا وتعليقا على قـول الشارح « **وحكمه ثبوت الملك** » ما نصه :

« **أي ثبوت الملـك في البدلين : لكل منهمـا (أي المتبايعين) في بـدل • وهـذا حكمه الاصلي • والتابـع (أي حكمه التبعي) وجوب تسليم المبيع والثمن وثبوت الشفعة لو المبيع عقارا** » • **الخ** •••

فأفاد ، كما ترى ، أن للبيع حكما أصليا واحدا هو نقل الملكية بعوض، وأحكاما تبعية أخرى تابعة لذلك الحكم الاصلي • وهذه الاحكام التبعية

٦/١٩٥ ـ نتائج هذا التمييز :

لهذا التمييز بين الحكم الاصلي للعقد وبين الالتزامات التي ينشئها العقد نتيجتان :

النتيجة الاولى ـ أن الحكم الاصلي يتحقق وينفذ بمجرد انعقاد العقد صحيحا ، فلا يحتاج الى تنفيذ . فبمجرد انعقاد البيع صحيحا تنتقل الملكية الى المشتري . وكذا بمجرد الانعقاد الصحيح في الاجارة والنكاح والصلح يملك المستأجر منفعة المأجور ، وتحل العشرة الزوجية بين الزوجين ، وتمتنع الخصومة القضائية في الحقوق التي كانت هي محل النزاع بين المتصالحين ، وهلم جرا ...

ذلك لان كلا من هذه الاحكام هو الغاية الاساسية التي شرع العقد طريقا موصلا اليها ، فبمجرد انعقاده صحيحا يوصل الى هذه الغاية .

أما الالتزام فلانه تكليف على شخص لمصلحة آخر ، وكل تكليف يحتاج الى تنفيذ ، لذلك لا يتحقق مقتضاه بمجرد انعقاد العقد صحيحا ، بل لابد لتحقق مقتضاه من أن يقوم بتنفيذه بعد العقد ذلك العاقد الملتزم به .

ومن هذه النتيجة تنصب علامة فارقة لتمييز الحكم الاصلي عن الالتزام بين مجموع آثار العقد ، وهي :

←

هي ما نسميه اليوم . **الالتزامات الناشئة بالعقد** ؛ وهي غير الحكم الاصلي .

وسنرى قريبا (ف ٧/١٩٥) أن هذه الالتزامات ما كان منها من ترتيب الشارع بحيث يثبت دون اشتراط من أحد العاقدين يسمى **مقتضى العقد** ، كوجوب تسليم المبيع والثمن بعد البيع .

ان مايفهم الانسان حصوله بمجرد سماعه بوقوع العقد الصحيح هو الحكم الاصلي لذلك العقد • وما لا يفهم حصوله بالعقد ، بل يحتاج العالم بحصوله الى استفهام ، فهو التزام •

فمن سمع أن فلانا قد باع سيارته يفهم أن ملكيتها قد انتقلت الى المشتري فأصبح هو مالكها ، ولكنه لا يستطيع أن يفهم من وقوع البيع الصحيح أن ثمنها قد دفعه المشتري ، وأن البائع قد سلمها اليه ، لان وجوب دفع الثمن وتسليم المبيع هما التزامان يحتاجان الى تنفيذ من قبل الملتزم ، ولا يتحقق مقتضاها بمجرد العقد كما يتحقق به انتقال ملكية المبيع •

وكذا من سمع بزواج امرأة لا يفهم من مجرد وقوع العقد أن الزوج قد دفع المهر • ومن سمع بأن فلانا أودع متاعا عند آخر لايفهم أن الوديع كان مدة الايداع قائما بالتزامه في الامتناع عن استعمال الوديعة •

النتيجة الثانية ـ أنه عند اختلاف المتعاقدين في تنفيذ بعض الالتزامات العقدية تعتبر تلك الالتزامات غير منفذة حتى يثبت الملتزم المكلف بها أنه قد نفذها •

فلو أنكر المشتري قبض المبيع ، كان على البائع اثبات التسليم •

ولو أنكر البائع قبض الثمن كان على المشتري اثبات الدفع • وهكذا يقال في كل التزام •

٧/١٩٥ ـ كيفية انشاء العقد للالتزامات ، ونظرية مقتضى العقد :

ان الالتزامات التي ينشئها العقد بين الطرفين نوعان :

أ ـ فمنها التزامات يستلزمها العقد فيعتبر العاقد مكلفا بهـا **دون حاجة الى اشتراطها عليه صراحة** من قبل العاقد الآخر • وذلـك كالتزام البائـع بتسليم المبيـع وبضمان العيب ، والتزام المشتري بدفـع الثمن في **عقد البيـع** ؛ وكالتزام المؤجر بتسليم المأجور والتزام المستأجر بـدفع الاجرة وبعدم التعدي على المأجور في **عقد الاجارة** •

فهذه الالتزامات وأمثالها في كل عقد قد نظمها الشرع آثارا للعقد الذي ينشئها بحسب الحاجة ، تحقيقا للتوازن الواجب الرعاية بين العاقدين في الحقوق والوجائب • وبذلك يستغني العاقدان عن ذكر هذا النوع من الالتزامات في كل عقد ، اعتمادا على ما هو مقرر في النصوص الشرعية •

ومجموعة هذا النوع من الالتزامات في كل عقد تسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة **مقتضى العقـد** •

ومرجع معرفة هـذا النوع هو نصوص الشريعة وآراء الفقهـاء في الباب المخصوص لكل عقد من العقود :

ب ـ وما سوى ذلك من الالتزامات العقدية لا يجب على أحد العاقدين الا اذا اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد • وذلك كما لو اشترط بائع الفرس أن يظل مستعملا لها بعد البيع بقية الشهر ، أو اشترط المشتري عـلى البائع ايصال المبيـع الى بيته ، أو اشترط الواهب على الموهوب لـه تعويضا عن الهبة • أو اشترط البائع عدم ضمان ما يظهر في المبيـع من عيوب خفية ، أو اشترط المؤجر دفع الاجرة سلفا عن مدة الاجارة كلها • فكل ذلك وأمثاله ، مما لم توجبه نصوص الشريعة ولا اجتهاد الفقهاء ، لا يكون من مقتضى العقد ولا يترتب على العاقد الا بالشرط •

هذا وسنرى في بحث سلطان الارادة العقدية ما يجوز اشتراطه شرعا من الالتزامات وما لا يجوز •

البحث الثاني

اللـزوم

١٩٥/٨ ـ ينقسم هذا البحث الى مطلبين :

الاول ـ في بيان متى تثبت صفة اللزوم للعقد ؟

الثاني ـ في نظرية عدم اللزوم ، والعقود غير اللازمة .

المطلب الاول

متى تثبت صفة اللزوم للعقد ؟

خيار المجلس واختلاف الاجتهادات فيه

١٩٦ ـ قلنا ان اللزوم معناه أن لا يستطيع أحد الطرفين بعد العقد التحلل من قيده ما لم يتفقا على الاقالة ، فان العقد رابطة تقيد المتعاقدين ، وان ارادة أحد الطرفين لا تستطيع هدم العقد ولا تعديله .

واللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود ، ولولاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الاعمال والحياة الاكتسابية .

وقد رأينا فيما سبق أن العقد يتكون من ارادتين جازمتين ، مظهرهما

بالتعبير المعرب عنهما ، وهو **ايجـاب وقبول** أو ما يقوم مقامهما •

ومن مقتضى ذلك أن يتم العقد وينبرم بمجرد الايجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما فورا دون توقف عـلى فعل آخر • فتثبت آثـار العقد ، ويصبح لازما بمجرد تمامه ، فلا يكون لاحدهما أن يرجع في العقد بعد الانعقاد الحاصل من ارتباط الايجاب بالقبول •

وهذا ما أقره فقهاؤنا قاعدة في العقود ، لا يشذ عنها الا طائفة من العقود تقتضي طبيعتها عـــدم اللزوم ، وتسمى : « **العقود غير اللازمة** » ، والا ما وجب فيه خيار لاحد العاقدين باشتراطهما أو بايجاب الشرع ، مما سيأتي بيانه قريبا •

والاجتهادات الاسلامية متفقة على أن العقد متى اكتسب صفة اللزوم ليس لاحد العاقدين فيـــه رجوع الا باتفاقهما ، لان في نقض العقد تغييرا للوضع الحقوقي الذي استقر بين العاقدين ؛ فيتوقف النقض على التراضي ، كأصل العقد •

غير أن الاجتهادات الاسلامية مختلفة في الوقت الذي يكتسب فيـه العقد اللازم صفة اللزوم •

ـ فذهب الاجتهادان الشافعي والحنبلي الى أنه في عقد البيع وسائر العقـود اللازمـة القابلة للفســخ ، كالاجارات والصلح عن مـال بمال ، لا يكتسب العقد صـفة اللزوم الا بعد أن ينقضي مجلس العقـد بتفرق العاقدين بأبدانهما ؛ أما قبل ذلك فلكل واحـد من العاقدين أن يرجـع عن العقـد •

ومستند هذا الاجتهاد ما ورد في الحديث الثابت عن النبي (ص) انـه قال : « **المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا** » •

وحكمة ذلك فسح المجال للتروي والتبصر كي لا يكون العاقد مأخوذا ببديهته • ويسمون هذا الخيار : « **خيار المجلس** » •

ـ وذهب الاجتهادان الحنفي والمالكي الى أن العقد اللازم متى انعقد أصبح مبرما بمجرد تمام الايجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من فعل أو دلالة ؛ وليس لاحد العاقدين رجوع الا بموافقة الطرف الآخر • وعلى هذا يجري القضاء في جميع البلاد الاسلامية اليوم •

وأصحاب هذا الاجتهاد يؤولون ذلك الحديث الوارد في خيار المجلس تأويلا آخر ؛ وينزلون الخيار والتفرق الواردين فيه على معنى يتفق مع مذهبهم ؛ ويستدلون على اللزوم الفوري في العقود اللازمة ، ومنها البيع ، بأدلة أخرى من الكتاب والسنة والقياس • (ر : كتاب « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، ف/١٠٧) •

وهذا الاجتهاد يتفق والنظر الحقوقي الحديث ، وهو أقطع للخلاف بين المتبايعين ، وأجرى مع الحاجة العملية الى البتات السريع في مؤاخذة المرء بارادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية ، ومتفق أيضا مع نظرة الشارع الاسلامي في سائر العقود الاخرى التي هي أعظم من البيع شأنا وأكبر خطرا كعقد النكاح ، اذ لم يجعل في شيء منها خيارا طبيعيا بعد تمام القبول •

وخير تأويل نراه لذلك الحديث الوارد في خيار المجلس هو أن المراد بالخيار فيها هو **خيار الطرفين خلال اجراء العقد** في الفترة التي بين الايجاب والقبول ؛ وأن المراد بالتفرق هو انقضاء مجلس العقد سلبا أو ايجابا : أي أن الموجب مخير في الاستمرار على ايجابه أو الرجوع عنه قبل القبول ، كما أن الطرف الآخر مخير في أن يقبل أو لا يقبل حتى يتفرقا ، أي حتى

ينقضي مجلس العقد ، اذ يستلزم انقضاؤه تفرقهما .

وهذا التفرق يكون :

ـ اما بالاعراض أو الرفض الصريح ؛ فيبطل الايجاب ولا يصح أن يبنى عليه قبول .

ـ واما بالقبول ؛ فينبرم العقد ، ويلزم كل من الطرفين بمقتضاه[1] .

المطلب الثاني

نظرية عدم اللزوم ، والعقود غير اللازمة

١ ـ عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد : الانواع الثلاثة لهذا القسم ـ عقد الاستصناع .

٢ ـ سلب اللزوم عن العقود اللازمة وحالاته :

أ ـ حالة الفساد .

ب ـ حالة الاكراه .

ج ـ حالة الخيارات العقدية .

---

(١) يصرح معظم ناقلي هذا الخلاف الاجتهادي في خيار المجلس بأن تأويل هذا الحديث الوارد في خيار المتبايعين عند الحنفية هو أن التفرق المذكور فيه محمول على **تفرق أقوالهما** بوقوع القبول وانبرام العقد . (ر : الهداية ، والكفاية ، أوائل البيع) .

لكن في ذلك شيئا من التكلف في تأويل معنى التفرق .

فالافضل ما بيناه هنا ، فيكون غرض الحديث انما هو **بيان مدة** ذلك الخيار الثابت للمتبايعين كليهما بين الايجاب والقبول وتحديدها **بانقضاء المجلس** .

١٩٧ ـ ان اللزوم بوجه عام قد يتخلف عن بعض العقود ، فيستطيع كل من الطرفين أو أحدهما فقط أن يتحلل من رابطة العقد ويفسخه بمجرد ارادته دون توقف على رضى الطرف الآخر .

وانتفاء صفة اللزوم هذه من العقد يكون تارة مطلقا وتارة مقيدا بحال مخصوصة ؛ وهو يرجع الى أحد سببين :

ـ اما لان طبيعة العقد وغايته تقتضي عدم اللزوم ، وعندئذ يسمى العقد **عقد غير لازم** ، اذ يكون عدم اللزوم صفة ملحوظة في نوع العقد .

ـ واما لعروض حالات عامة تستوجب سلب صفة اللزوم عن العقود اللازمة نفسها ، وتقتضي منح عاقدها الحق في فسخها ، فيصبح معها العقد اللازم غير لازم .

وعلى هذا ، يتشعب البحث في هذا المطلب الى شعبتين :

الشعبة الاولى

عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد

١٩٨ ـ وهذا في العقود التي تسمى : عقودا غير لازمة ، لان عدم اللزوم ، ولو في بعض الاحوال ، صفة ثابتة لها .

وهي تسعة عقود نقسمها الى ثلاثة أنواع بحسب كون عدم اللزوم فيها مطلقا أو مقيدا ، وكونه أصليا أو استثنائيا :

١٩٩ ـ النوع الاول : عقود غير لازمة مطلقا في حق كلا الطرفين .
وجملة هذا النوع ثلاثة عقود .

١ ـ الايـــداع •

وهو عقد يرد على حفظ الشيء لدى غير صاحبه •

فلكل مـن الطرفين ، أعني المودع والوديـع المكلف بالحفظ ، أن يفسخ عقد الايداع بمحض ارادته • ذلك لان المودع مستعين بغيره على الحفظ ، فله أن يترك هذه الاستعانة متى شاء أو احتاج الى وديعته ؛ ولان الوديع أيضا متطوع بالمعونة في هـــذا الحفظ ، فله أن يتخلى عن هــذه المعونة متى شاء •

وينبغي أن يلحظ هنا أن الايداع اذا كان على أجر مفروض للوديع يصبح استئجارا على الحفظ لا ايداعا ، وعندئذ يأخذ حكم الاجارة الآتي بيانه في النوع الثالث من حيث اللزوم ، فلا يستطيع الوديع الفسخ والتخلي متى شاء لانه حينئذ أجير •

٣ ـ الاعـارة :

وهي عقد يرد على تمليك المنفعة مجانا ، فهو تبرع بالمنافع •

فللمستعير أن يتنازل عـن الانتفاع ، فيفسـخ العقد ويرد العاريـة متى شـاء •

وكذا للمعير المتبرع أن يرجع ويسترد عاريته متى شاء ، سواء أكانت موقتة بمدة لم تنته أو غير موقتة •

لكن يلحظ هنا ما يجب على المالك المعير في **العارية الموقتة** اذا رجع واستردها **قبل الوقت المحدد** في العقد ، فانه يضمن للمستعير ما يسببه لـه رجوعـه من ضرر ، اذ هـــو مغرور من قبله كمــا تقـدم (ر : ف/١٢١ ـ ١٢٢) •

وفي المال المعار لاجل الرهن اذا رهنه المستعير في دينه ثم أراد المالك المعير استرداده ، فان عليه أن يؤدي الى الدائن المرتهن الدين المرهون فيه ، ثم يرجع المعير على المستعير بما أدى عن ذمته •

٣ ــ الشركة والمضاربة[1] :

فانهما يحق فسخهما وتصفيتهما لكل من الشريكين متى شاء ، على أن يعلم الشريك الآخر ، فلا يسري حكم الفسخ الا من تاريخ علمه (المجلة / ١٣٥٣ و ١٤٢٤) •

٢٠٠ ــ النوع الثاني :

عقود الاصل فيها عدم اللزوم ، ولكنها تلزم في بعض الاحوال •

وجملة عقود هذا النوع أربعة هي :

١ ــ الوكالة :

وهي عقد يفوض به الانسان غيره وينيبه عن نفسه في التصرف •

فلكل من الطرفين أن يفسخ عقدها متى شاء • فالوكيل يستطيع عزل نفسه ، كما أن للموكل أن يعزله ، لان الوكالة استعانة واعانة ، فللموكل أن يكف عن الاستعانة ، كما أن للوكيل أن يقف عن الاعانة •

---

(١) المضاربة : شركة بين طرفين ، على أن يكون رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر • وتسمى أيضا : **قراضا** (بكسر القاف) •

ويلحظ انه لا يسري حكم العزل الا من تاريخ علم الطرف الآخر (المجلة / ١٥٢٣ - ١٥٢٤) .

ولكن الوكالة اذا تعلق بها حق شخص ثالث تصبح لازمة ويمتنع فيها العزل والفسخ بلا رضى ذلك الشخص ، وذلك في عدة حالات :

فمن ذلك مالو رهن المدين مالا ووكل وكيلا بناء على طلب الدائن لبيع الرهن اذا لم يؤد الدين عند حلوله ؟ فلا يملك الموكل ولا الوكيل فسخ هذه الوكالة دون موافقة الدائن المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة تسهيلا لاستيفاء دينه .

وكذا لو أراد المدين السفر فطلب الدائن من الحاكم منعه أو يوكل وكيلا عنه ليمتكن من مخاصمته ، فوكل المدين وكيلاً بالخصومة بناء على هذا الطلب من الدائن ، وسافر ، فليس له عزل هذا الوكيل . (ر : المجلة / ١٥٢١) .

٢ - التحكيم :

وهو أن يحتكم طرفان مختصمان الى شخص يختارانه برضاهما ليكون حاكما بينهما في دعواهما بدلا من القاضي .

فلكل من الطرفين أن يفسخ عقد التحكيم ويعزل المحكم قبل أن يحكم .

أما بعد صدور الحكم منه فلا ، بل يصبح التحكيم لازما (ر : المجلة / ١٨٤٧) .

٣ - الوصية :

وهذه من تصرفات الارادة المنفردة فيجوز للموصي فسخها

والرجوع فيهـا ما دام حيا . فاذا مات انقلبت لازمة في حدود ثلث ماله ؛ ولا ينتقل حق الرجوع الى ورثته .

٤ ـ الهبـة :

ففي الهبة شيء من معنى عـدم اللزوم ، اذ يجوز الرجوع فيهـا واسترداد الموهوب ما لم يمنع منه أحد موانع سبعة معروفة في بابها . فاذا وجد شيء من موانـع الرجوع هـذه تصبح الهبة معه لازمة لا يسـوغ للواهب الرجوع فيها .

ومن تلك الموانـع التي تصبح معها الهبة لازمة كون الموهوب لـه زوجا للواهب أو من أقاربه المحارم ؛ وكـذا هلاك المال الموهوب عنـد الموهوب لـه أو خروجه عن ملكه ببيـع أو بغيره من الاسـباب الناقلة للملكية .

وعلى كـل يتوقف الرجوع في الهبة عـلى القضاء أو الرضاء ، فلا تعود الهبة الى ملك الواهب بمجرد رجوعه ، بل حتى يرضى الموهـوب له ، أو يقضي القاضي للواهب بالرجوع عنـد انتفـاء جميع موانعه[1] .

---

(١) يجب أن يلحظ أن المال الموهوب لو كان عقارا وسجلت الهبة في السجل العقاري وفقا للمراسم التي توجبها النظم العقارية لدينا لا يكون هذا التسجيل مانعا للواهب من الرجوع .

غير أن الدائرة المدنية في محكمة التمييز (محكمة النقض) قد ذهبت أخـيرا الى عكس ذلك ، فاعتبرت تسجيل الهبة من السجل العقاري مانعا للواهب مـن الرجوع بحجة أن هـذا التسجيل يقوم مقام القبض اللازم شرعا لتمام الهبة في العقار الموهوب ، وان قيود السـجل العقاري تعتبر قطعية بالنظر القانوني ،، وخاصة بمقتضى المادتين / ١٣ و ١٧ / من القانون

٢٠١ ـ النوع الثالث :

عقود ، الاصل فيها اللزوم ، ولكن في طبيعتها شيئا من عدم اللزوم في ظروف محدودة ٠

→

ذي الرقم /١٨٨/ اللتين توجبان بقاء الحق العقاري المكتسب بالتسجيل لصاحبه وعدم قبول طعن يبطله الا في حالات مخصوصة عينها التشريع العقاري نفسه ٠

(ر : قرار محكمة التمييز السورية الصادر في ١ جمادى الاولى /١٣٦٨ هـ ـ ٢٨ شباط /١٩٤٩ م ، برقم /١٣/ أساس مدني /٩٩/ ، وكذا القرار الصادر قبله في ١٠ صفر ١٣٦٧ هـ ـ ٢٣ كانون الاول ١٩٤٧ ، برقم /١٧٣/ أساس /٢٠١) ٠

ولا يخفى أن هذا الاعتبار غير سديد ، فان الرجوع في الهبة العقارية **ليس طعنا في قيود السجل العقاري** ، وانما هو سبب جديد موجب **لاعادة نقل الملكية** الى الواهب بمقتضى حق الرجوع الذي منحه اياه التشريع ٠

وان المادتين / ١٣ و ١٧ / المستند اليهما انما معناهما منع الادعاء ببطلان الحقوق العقارية المسجلة عن طريق الطعن في صحة اكتساب هذه الحقوق وتسجيلها ، لا منع الادعاء بمقتضى الاسباب الحادثة المشروعة في المعاملات ، مما يوجب حدوثه اعادة نقل الملكية ٠

فحق الواهب في الرجوع يشبه حق المشتري بخيار الشرط ، فان من اشترى العقار واشترط لنفسه الخيار مدة معينة وسجل العقد بهذا الشرط ، تنتقل اليه ملكية المبيع ، لان الخيار المشروط للمشتري لا يمنع انتقال الملكية (ر : المجلة ٣٠٩) ، ومن البديهي انه يحق بعد ذلك للمشتري أن يستعمل حقه في فسخ البيع العقاري المسجل ، ولا يعتبر ذلك مخلا بمبدأ قطعية القيود العقارية ، لانه ليس طعنا في هذه القيود ، وانما هو استعمال حق مشروع باعادة الملكية بمقتضى خيار الشرط المسوغ لفسخ العقد ٠

فأي فرق يمكن أن يرى بين خيار أوجبه الشرط السائغ ، وخيار أوجبه الشرع ؟ وليس تسجيل العقد العقاري الا من قبيل المراسم الشكلية

←

هذا النوع عكس النوع الثاني ؛ وجملة عقوده اثنان ، هما :

١ ـ الاجـارة :

فان الاصـــل فيها اللزوم في حـــق المتعاقـدين ، فيجبر الطرفـان عـــلى تنفيذها ؛ غير أن فقهـــاءنا قرروا فيها جواز العدول والفســـخ **بالاعذار الطارئة** ، اذ يكون تنفيذ الاجارة عندئـذ اهدارا ماليا أو اضرارا غير معقول .

وذلك كما لو استأجر الانسان دابة للسفر ثم عدل عن السفر ، أو استأجر طباخا لوليمة ثم صرف لنظر عنها ، أو استأجر طبيبا لقلع ضرس أو لاجراء عملية جراحية ثم سكن ألمه فعدل عن اجرائها .

وعلى هـــذا النظر قامت نظريـــة « **الظروف الطارئة** » في الفقـه الاجنبي .

غير أن من المعقول فقها أن يلزم المستأجر عندئـذ بتعويض الضرر على الطرف الآخر اذا فوجيء بالفسخ بعد أن كلفه ما كلفه التهيؤ للعمل

←

التي أوجبها القانون ، ليصبح بها العقد على العقار في قوة العقد المنفذ على المنقول ، فلا يمنع هذا التسجيل أي حق مشروع بعد العقد ، ولذا لا يكون أيضا بيع العقار وتسجيله مانعا للمشتري من أن يستعمل خيار العيب أو خيار الوصف مثلا في فسخه بمقتضى الاحكام المدنية النافذة اذا ظهر فيه عيب قديم ، أو ظهر فيه وصف مخالف للمشروط ، ولم يوجد مسقط من مسقطات الخيار ، فتأمل .

ولئن اعتبر تسجيل الهبة العقارية قائما مقام قبض العقار الموهوب ـ كما عللت محكمة التمييز قراريها المبحوث عنهما ـ فان قبض الموهوب لا يمنع الرجوع في الهبة ، فكذلك التسجيل .

من مال أو وقت أو تعطيل ؟ وهذا ما يوجبه النظر القانوني الحديث ، وان قواعد التسبب في فقهنا لا تأباه ، وان لم ينص فقهاؤنا عليه •

٢ ـ المزارعة :

وهي نوع شركة على استثمار الارض بالزرع ، تكون فيها الارض من طرف ، والعمل من طرف آخر (المجلة / ١٤٣١) •

فيجوز للطرف الذي عليه تقديم البذر أن يعدل عن المزارعة ويفسخ عقدها ، ولكن ذلك قبل القاء البذر في الارض •

وملحظ الفقهاء في هذا ان اجباره على الاستمرار في المزارعة يقتضي الزامه باتلاف ماله ، وهو البذر ، ولا يدري هل ينتج أو لا ينتج ؟ فصار كما لو استأجر الانسان عاملا لهدم داره ثم بدا له العدول عن الهدم ، فان له ذلك •

أما بعد القاء البذر في الارض فتصبح المزارعة لازمة حتى في حق صاحب البذر • (الدر المختار ورد المحتار ٥/١٧٧)[1] •

---

(١) يلحظ هنا أن صاحب البذر اذا أراد الفسخ قبل أن يبذره ، لا عدولا منه عن المزارعة ، بل لأنه وجد عاملا أرخص من المزارع الذي تعاقد معه ، أو لأنه يريد أن يعمل بنفسه ، فليس له الفسخ بل يلزم بعقده مع المزارع الى المدة المتفق عليها •

ومثل ذلك يلحظ في مسألة استئجار العامل لهدم بناء ونحو ذلك اذا أراد المستأجر فسخ الاجارة : فلو عدولا منه عن العمل جاز ، ولو تبديلا للعامل لم يجز ، (ر : رد المحتار في المحل المذكور) •

وذلك بالنظر الى مشروعية الباعث وعدمها كما تقدم • (ر : ف/١٤٨/ الحاشية/٢) •

ويلاحظ أن الفسخ في هـذه العقود غير اللازمة ليس لـه استناد (أي تأثير رجعي) :

فعزل الوكيل لا ينقض تصرفاته السابقة ؛ ورجوع الواهب بعد ولادة الدابة الموهوبة لا يوجب للواهب أخـذ ولدها معها ، بل يبقى للموهوب له لأنه حصل في ملكه • (ر : المجلة/٨٦٩) •

وهكذا يلحظ في بقية المسائل •

٢٠٢ ـ عقد الاستصناع :

تلك هي العقود التسعة التي ينتفي فيهـا اللزوم انتفاء مطلقا أو مقيدا على اختلاف درجاته فيها •

وهناك عقد عاشر نفرده بالذكر في هـذه المناسبة ، كان يعتبر في أصل المذهب الحنفي غـير لازم ، فأصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة لازما[1] وهو **عقد الاستصناع** •

فالاستصناع ـ وهو شراء ما سيصنع بطريق التوصية ـ يجوز لكل من الطرفين فسخه في أصل المذهب بلا خلاف ما دام الشيء لم يصنع • أما بعد صنعه واحضاره فيكون للمستصنع حق في الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الرأي الراجح •

غير أن لمجلة في المادة /٣٩٢/ أخذت بلزوم العقد في حق الطرفين • منذ انعقاده ، الا اذا جاء المصنوع مغايرا للاوصاف المعينة في العقد[2] •

---

(١) وكذا بمقتضى أحكام القانون المدني الذي حل محل المجلة •

(٢) جاء في لائحة الاسباب الموجبة من مقدمة المجلة انها اختارت قول

وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار فوات الوصف المشروط لا بمقتضى عدم اللزوم في عقد الاستصناع ٠

الشعبة الثــانية

سلب اللزوم عن العقود اللازمة

٢٠٣ ـ ان ما سوى هــذه العقــود التسعة الســالفة البيــان هو عقود لازمــة لزوما مطلقا في جميــع الاحوال العادية ، فلا يسوغ لأحــد

أبي يوسف بعدم خيــار المستصنع اذا أحضر الصانع المصنوع بعد العمــل موافقا للشروط ، وذلك وفقا لما تقضي به المصلحة الزمنية ٠

والمنقول في كتب المذهب أن أبا يوسف لا يقول بعدم خيــار المستصنع الا بعد الصنع واحضار الصانع المصنوع موافقا للاوصاف المشروطة ٠ أما قبل الفراغ من صنعه أو بعد الفراغ قبل احضاره فلا خلاف في أن المستصنع مخير ، كما في البدائع ورد المحتار وغيرهما ٠

لكن نص المادة / ٣٩٢ / من المجلة جــاء صريحا في انه بعد انعقاد الاستصناع لا خيار لأحد من الطرفين الا اذا جاء المصنوع مغايرا للاوصاف المشروطة ٠ فأفاد اطلاق نصها اللزوم بحق الطرفين قبل الصنع بعد انعقاد العقد ، وهو ليس قولا لأحد في المذهب ٠

فهل تحمل المادة المذكورة على تفصيل قول أبي يوسف بناء على ماجاء في لائحة الاسباب الموجبة للمجلة من أنها أخذت بقوله ، أو يقال أن نصها صريح في اطلاق اللزوم وهي قانون آمر ، فيحكم بلزوم العقد مطلقا ولــو قبل العمــل ، اذ ليس في نص المــادة احتمال أو غموض حتى يحمل على تفصيل رأي أبي يوسف الذي أشارت الى أخذه لائحة الاسباب الموجبة ؟

القضية محل نظر ، والأوجه الاعتبار الثاني ، لأن الظاهر أن المجلة اتخذت نظريــة أبي يوسف أساسا وتوسعت فيهــا بالتعديل في بعض نواحيها بحسب المصلحة الزمنية ، وقــد اقترنت بالارادة السلطانيــة ، فأصبحت قانونا ، فالعبرة لنصها لا للنصوص التي استمدت منها ٠

عاقديها أن يتحلل منها الا برضى الآخر ، كما بينا •

غير أن هناك أسباباً عامة يمكن أن تعتري العقود فتجعل للعاقدين أو لأحدهما حق الفسخ • فاذا وجد شيء من تلك الاسباب في عقد لازم سلب منه صفة اللزوم ما دام السبب الموجب لحق الفسخ قائما •

وتلك الاسباب قد تقدمت الاشارة الى بعضها في بعض المناسبات ، وهي ترجع اما الى ضرورة احترام الشرائط الشرعية لصحة العقد ، واما الى ضرورة احترام ارادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة من العقد •

وعن هذا كان سلب صفة اللزوم عن العقود اللازمة انما يتجلى في **الحالات الثلاث** التالية :

٢٠٤ ـ (أ) حالة الفساد :

فان العقد الفاسد يحق لكل من الطرفين وللحاكم أيضا فسخه ما لم يمنع من الفسخ مانع شرعي ؛ فهو ، ما دام قابلا للفسخ ، عقد مسلوب اللزوم (ر : البدائع ٥/٣٠٠) •

وسنرى أيضا معنى الفساد وحكمه في نظرية المؤيدات الشرعية (ر : ف/٣٧٧ و ٣٨١) •

٢٠٥ ـ (ب) ـ حالة الإكراه :

فان العقد الواقع بالاكراه يحق لعاقده المستكره عليه فسخه أو امضاؤه بعد زوال الاكراه ، كما تقدم في موضعه ، فهو في النتيجة عقد مسلوب اللزوم في حقه ، سواء اعتبر بالإكراه فاسدا أو موقوفا ، على الخلاف الاجتهادي السابق الذكر في صفته (ر : ف/١٨٥ ح) •

٢٠٦ - (ج) - حالة الخيارات العقدية :

فان ثبوت الخيار لأحد العاقدين في فسخ العقد معناه سلب صفه اللزوم من العقد في أصله •

ولذا اعتبر الفقهاء من شرائط لزوم العقود اللازمة أن لا يكون فيها خيار لأحد العاقدين (المجلة/١١٤ - ١١٦) •

وهذه الخيارات منها ما يتوقف ثبوته على اتفاق ارادة العاقدين عليه ، فلا يثبت الا باشتراطهما ، فيعتبر من قبيل الشروط العقدية ، وذلك خيار الشروط وخيار النقد اللذان سلف ايضاح معناهما في بحث القياس (ر : ف/١١/ ثامنا) •

ومنها ما يثبت بايجاب الشرع لمصلحة أحد العاقدين صيانة لحقوقه ، فيكون نتيجة لبعض عيوب الرضى المتقدمة في بحث شوائب الارادة ، من خلابة ، أو تدليس عيب ، أو تجزئة صفقة الخ ••• (ر : ف/١٨٦ - ١٩٢) •

فيحق لصاحب الخيار فسخ العقد أو امضاؤه ، ما لم يوجد مسقط للخيار أو مانع شرعي يمنع ممارسته ، مما هو معروف في مواطنه ومباحثه من الابواب الفقهية ، وفي المواد / ٣٠٠ - ٣٦٠ / من المجلة •

هذا ، وان بعض تلك الخيارات العقدية يتوقف على القضاء ، فلا يثبت لصاحبه ولا يقبل منه الفسخ قبل قضاء القاضي ، كما في خيار العيب لأنه من المواطن التي تحتاج الى خبرة وتحقيق قضائي في وجود العيب المسوغ للفسخ •

وبعضها لا يحتاج الى القضاء ، بل يستطيع صاحب الخيار بعد تحقق

سببه في الواقع أن يمارس خياره في فسخ العقد ، ويكون فسخه نافذا قبل أن يقضى به ، كما في حالة خيار الشرط ، وخيار تفرق الصفقة • .

٢٠٧ ـ هذا ويجب أن يلاحظ في هذه الحالات الثلاث التي ينسلخ فيها اللزوم عن العقود اللازمة بسبب الفساد أو الاكراه أو الخيار ، أن فسخ العقد فيها يكون مستندا لا مقتصرا ، أي أنه يكون انعطاف وتأثير رجعي ينسحب فيه الانفساخ على الماضي ، فيجعل العقد كأنه لم ينعقد من أصله • وذلك على خلاف حكم الفسخ بسبب عدم اللزوم في العقود غير اللازمة كما تقدم (ف/٢٠١) •

٢٠٨ ـ وهذه الخيارات العقدية التي تنشأ عن ظهور حالات تشوب ارادة العاقد بشائبة من عيوب الرضى وتسلب اللزوم من **العقد اللازم** هي كثيرة غير محصورة بما تقدم ذكره في بحث شوائب الارادة •

وقد أوصلها الفقهاء الى أكثر من عشرين خيارا • منها خيار الكمية ، وخيار كشف الحال وغيرهما[1] •

وأحكامها مفصلة في مظانها ومناسباتها من كتب الفقه •

(ر : الدر المختار ورد المحتار أول باب خيار الشرط ٤/٤٥ ـ ٤٦ ؛

---

(١) **خيار الكمية :** كما لو اشترى شيئا بما في جيبه أو حقيبته من النقود دون بيان مقدارها ، فان للبائع الخيار عندما يعرف مقدارها •

وخيار كشف الحال : كما في البيع بمكيال أو بوزن حجر لا يعلم مقداره بالوحدات القياسية العرفية ، فان للمشتري الخيار متى علم مقدار سعة المكيال ووزن الحجر •

(ر : رد المحتار ٤/٢٢ و ٢٧) •

والأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية الحموي أول أحكام الفسوخ ، ج ٢ ، الفن ٣ ، ص/١٩٤ - ١٩٥) .

وقد تناولت المجلة من الخيارات بالبحث سبعة أساسية هي : خيار الشرط ، والوصف ، والنقد ، والتعيين ، والرؤية ، والعيب ، والغبن بالتغرير ؛ وفصلت أحكامها بفصول خاصة بمناسبة البيوع في المواد / ٣٠٠ - ٣٦٠ / ، وبمناسبة الاجارة في المواد / ٤٩٧ - ٥٢١ / ، وبمناسبات أخرى متفرقة كالقسمة وغيرها .

والفقه القانوني الحديث يتجه الى توسيع نطاق فسخ العقود اللازمة في الحالات الطارئة ، ولاسيما حالة اخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزاماته في مواعيدها ، مما سلف بيانه . وهذا يتفق مع روح الفقه الاسلامي .

الفرع الثالث

سلطان الارادة العقدية

٢٠٩ - تمهيد :

تجلى لنا من المباحث السابقة أن للعقود آثارا عامة كما أن لكل منها موضوعا وأثرا خاصين يتميز بهما عن سواه .

ورأينا أن من العقود **عقودا مسماة** تولى التشريع تنظيم أحكامها وآثارها بين العاقدين بحيث تكون تلك الآثار نتائج أصلية ينتجها العقد دون أن يحتاج العاقدان الى اشتراطها وتعدادها .

ان مبدأ سلطان الارادة العقدية موضوعه **حرية ارادة العاقد في اصل العقد ونتائجه وحدود تلك الحرية** ، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع •

فهذا المبدأ يتعلق بأربع حريات في النواحي الاربع التالية :

١ - حرية العاقد في **أصل التعاقد** مع غيره •

٢ - وحريته في انشاء العقود والالتزامات **بمجرد التراضي** ، دون تقيده بقيود شكلية ومراسم مخصوصة بحيث لا يعتبر تعاقده اذا لم تتحقق صورها •

٣ - وحريته في انشاء ما يشاء من **أنواع العقود** في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون تقيد بأنواع العقود المسماة التي أقرها التشريع •

٤ - وحريته في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الاصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاآن من شروط بحسب ارادتهما •

هذه هي النواحي الإساسية التي يتعلق بها مبدأ سلطان الارادة العقدية •

٢١٠ - وقد مرت الارادة العقدية بأدوار في تاريخ التشريع لم يكن لها فيها سلطان ، بل كانت مغلولة شلاء ، لا ينظر فيها الى التراضي الحر الذي جعلته الشريعة الاسلامية دستور التعاقد وأقرت فيه لارادة العاقدين سلطانا محترما في كل ما لا يخل بمصلحة عامة • وان كانت الاجتهادات الفقهية مختلفة في حدوده كما سنرى •

أ - فأما في الناحية الاولى فقد جاء التشريع الاسلامي بالقضاء

على جميع عناصر الاكراه العقدي ، وأطلق حرية الارادة في تكوين العقد . وقد جعل القرآن والسنة رضى الانسان أساسا دستوريا في كل عقد سيلزمه ، حتى في زواج النساء اللاتي كان الناس يرون ويتعارفون أن الارادة في تزويجهن ليست لهن بل من حقوق أرباب الاسرة فقرر الاسلام أن الفتاة البالغة ولو كانت بكرا هي صاحبة الاختيار والارادة في زواجها وزوجها .

ولم يقر الشرع الاسلامي عقدا يلزم شخصا لم يرض به رضى بينا ، الا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لاحقاق الحق ، كبيع أموال المدين المماطل في وفاء الدين ، وبيع الاموال المحتكرة على محتكريها عندما يضر احتكارها بالجماعة ، وكالاستملاك للمصالح العامة .

فأمثال هذه العقود الجبرية هي من من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل ، والغاية من قيام حكومة في دولة ؛ وقد أقرتها الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بمبدأ الارادة العقدية المطلق .

ب ـ وأما الناحية الثانية ، وهي المراسم الشكلية ، فلم تكن قبل الاسلام أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أن مجرد التراضي يولد عقدا ملزما والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسيم الشكلية ، سواء في ذلك التشريع الروماني وغيره ، حتى جاء الاسلام فألقى جميع تلك الاغلال والقيود عن أعناق العقود ، وجعل **مجرد التراضي** مولدا للعقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين ، ولم يستثن الا عقدا واحدا أخضعه لشكلية الاعلان بالاشهاد عليه ، وهو عقد النكاح كما تقدم (ر : ف ١٣٦/٢) .

وجميع الشرائع الوضعية الحديثة التي أقرت أخيرا مبدأ سلطان

الارادة العقدية في الشرق والغرب قد مرت أصولها بمراحل طويلة من القيود الشكلية المختلفة في انشاء العقود ، الا الشريعة الاسلامية فانها أنشأت قواعد العقد انشاء جديدا محررا من جميع العقود الشكلية التي كانت تفرضها الاعراف والعادات في جاهلية العرب ، وشرائع الامم المحيطة بها ؛ وقد كان هذا من الظواهر الغريبة غير المعهودة في تاريخ التشريع ٠

وهذه المزية التي تفرد بها الشرع الاسلامي مدينة لعامل واحد هام هو المصدر الديني فيه[١] ٠

ج ـ وأما الناحية الثالثة وهي حرية العاقدين في انشاء عقود تخرج عن نطاق العقود المسماة التي قررها التشريع ، في موضوعها والتزاماتها ، فسنرى في أول بحث تصنيف العقود أن الفقه الاسلامي أقر نشوء عقود جديدة ، ثم ما لبث الفقهاء أن أسموها فانتظمت في سلك العقود المسماة ، وقررت لها أحكام خاصة ٠

وليس في الشرع الاسلامي ما يدل على أي حصر لانواع العقود وتقييد الناس بها ٠ فكل موضوع لم يمنعه الشرع بالنص الصريح ولا تقتضي القواعد والاصول الشرعية منعه يجوز أن يتعاقد عليه الناس

---

(١) هذا ما يراه الاستاذ العلامة السنهوري في تعليل هذه المزية الغريبة في الشريعة الاسلامية ، وهو الواقع ٠ (ر : « **نظرية العقد** » للاستاذ السنهوري ، ف / ٩٢ ص / الحاشية / ١) ٠

وقال الاستاذ عبد الرزاق السنهوري أيضا في بحث التعاقد بالمراسلة:

« العقد في الفقه الاسلامي يبنى على توافق الارادتين دون تحلظ ، فهو رضائي الى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ برضائية العقد » (ر : « نظرية العقد » ، ف / ٣٠٣) ٠

ويلزمون فيه بعقودهم ؛ وحينئذ يخضع التعاقد فيه للقواعد والشرائط العامة في العقود ، من أهلية العاقد ، وقابلية المحل الخ ...

د ـ وأما الناحية الرابعة وهي مدى سلطان ارادة العاقدين على تحديد آثار العقد المسمى وتعديل احكامه الاصلية في حقوقهما الخاصة بينهما بشروط يتفقان عليها في التعاقد ، أي انشاء ما يشاآن من التزامات وقيود في العقد بارادتهما ، فهي أهم نواحي سلطان الارادة في نظر الحقوق الحديثة .

وموقف الفقه الاسلامي في هذه الناحية يختلف سعة وضيقا باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه ، لكن أوسع مذاهبه يتفق مع مااستقرت عليه النظريات القانونية في التشريع الحقوقي الحديث .

وسنعرض فيما يلي ، بمبحثين متعاقبين ، خلاصة عن مبدأ سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي ثم في الفقه الاجنبي .

المبحث الأوّل

سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي

٢١١ ـ ينقسم هذا المبحث الى مطلبين :

ـ المطلب الاول : للبحث في سلطان الارادة العقدية بوجه عام في نصوص الشريعة والاجتهادات الاسلامية .

ـ المطلب الثاني : للبحث في أنواع الشروط العقدية .

المطلب الاول

سلطان الارادة العقدية في نصوص الشريعة

وفي الاجتهادات الاسلامية

١ ـ نصوص الكتاب والسنة في نواحي سلطان الارادة وآثار العقود ـ عموم هذه النصوص ومرونتها •

٢ ـ موقف الاجتهادات الاسلامية من هذه النصوص :

أ ـ الاجتهادات التي ترى ان الاصل الشرعي تقييد حرية العاقدين ، وتاخذ بنظرية « مقتضى العقد » بحدود ضيقة

ـ خلاصة الاجتهاد الحنفي في حرية الشروط العقدية •

ب ـ الاجتهادات التي ترى ان الاصل الشرعي اطلاق حرية العاقدين في العقود انواعا وشروطا •

مزايا الاجتهاد الحنبلي في ذلك ، ومبادؤه الجديرة بالخلود •

الشعبة الاولى

نصوص الشريعة

٢١٢ ـ ان نصوص الكتاب والسنة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة الاسلامية قد بلغت في شأن سلطان الارادة العقدية غاية العموم والمرونة •

ويمكن تصنيف هذه النصوص ، بحسب موضوعها ، في النواحي الاربع المتقدمة من سلطان الارادة :

٣١٢ - (أ) و (ب) - في حرية التعاقد وفي رضائيته المطلقة :

قد جاء في ذلك قول القرآن الكريم :

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل
الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »

وقوله في صداق النساء وعدم هضم شيء من حقوقهن المالية :

« فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا »

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الاصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه انما هو رضى صاحبه : اما على سبيل التجارة والتبادل ، أو على سبيل المنحة والتنازل ، عن طيب نفس واختيار [1] .

---

(١) يقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه « **قاعدة العقود** » تعليقا على هاتين الآيتين :

« ففي التبرعات علق الحكم بطيب النفس ، وفي المعاوضات علق الحكم بالتراضي - وهو الرضى من الجانبين - لان كلا من المتعاوضين يطلب ما عند الآخر ويرضى به ، بخلاف المتبرع فانه لم يبذل له شيء يرضى به ، ولكن قد تسمح نفسه بالبذل ، وهو طلب النفس ».

(ر : كتاب « **قاعدة العقود** » لابن تيمية ، فصل « الرضى في العقود ، ومن يجوز له الفسخ اذا لم يرض ») .

وهذا الكتاب القيم عندما نقلنا عنه كان غير مطبوع ، فنقلنا عن نسخة مخطوطة من مكتبة الاستاذ الجليل الشيخ حسن الشطي بدمشق . ثم طبعته الجماعة السلفية بمصر باشراف الشيخ حامد الفقي بعد صدور الطبعة الثالثة من هذا المدخل الفقهي . لكنهم غيروا اسمه فجعلوا عنوانه « **نظرية العقد لابن تيمية** » لبيان ان موضوعه يقابل نظرية العقد في الفقه القانوني ، لكن هذا التبديل لاسم الكتاب خطأ كبير من الناشرين ، لان النشر كالعلم أمانة ، فكان عليهم أن يحافظوا على اسمه ، ويقدموا له مقدمة يقارنون فيها ويشرحون ما يشاؤون .

أي ان العامل في ذلك هو ارادة صاحب المال الذي له شرعا كمال الحرية في عقد المعاوضة أو المنحة •

٢١٤ - (ج) - في القوة الإلزامية للعقد والتعهد •

وقد جاء في هذه الناحية أيضا قوله تعالى في القرآن : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله : « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا » •

ومن الواضح أن العقد يتضمن تعهدا ضمنياً باحترام نتائجه والالتزام بها •

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن عقد الانسان وتعهده الذي باشره بارادته الحرة **ملزم له** بنتائجه ، ومقيد لارادته بارادته ، كي تتولى الثقة والاطمئنان الى نتائج التعامل الاقتصادية ، ويعلم الانسان كيف يبني تصرفه ، لأن ذلك متوقف على الاستقرار في تلك النتائج بين المتعاملين ، كما تقدم[1] (ر : ف/١٩٦) •

وهذا الالزام معناه تمام الاحترام لحرية العاقد ، وللحقوق الناشئة بعقده لغيره ، فان مقيد نفسه حر •

---

(١) يلحظ في هذا المقام انه تستوي في ذلك جميع العقود ، ما يسمى منها في اصطلاح الفقهاء « **عقودا لازمة ، أو غير لازمة** » لان معنى عدم اللزوم في اصطلاح الفقهاء هو امكان رجوع العاقد عن الاستمرار على حكم العقد بحسب موضوع العقد وطبيعته ، لكنه **قبل الرجوع** ملتزم بالنتائج : فتصرف الوكيل قبل علمه بفسخ الوكالة ملزم للموكل ونافذ عليه ، وانتفاع المستعير بالعارية قبل رجوع المعير جار على حكم المجانية ليس للمعير ان يطلب عنه عوضا ، وصدور الحكم من المحكم قبل رجوع أحد الخصمين عن التحكيم ملزم للطرفين ، وهلم جرا ••• أي ان العقد الذي يعتبر غير لازم في اصله ليس للرجوع فيه اثر رجعي كما تقدم (ر : ف/٢٠١) •

واطلاق هذه النصوص يشمل العقود المسماة وغير المسماة[1] ، فيفيد عدم التقييد بأنواع محدودة من العقود ٠

٢١٥ - (د) - في حرية الشروط العقدية ، ومدى اعتبارها :

ورد في الشريعة أيضا نصوص كثيرة من القرآن والسنة القولية والعملية تثبت للقود المسماة التي أقرها الشرع آثارا وأحكاما والتزامات تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه ٠

فعقد النكاح يترتب عليه حل الاستمتاع بين الجنسين ، ووجوب متابعة المرأة للرجل ، ووجوب النفقة للمرأة على الرجل ، وثبوت النسب ، وحقوق الحضانة ، وحرمة المصاهرة ، والارث بين الزوجين ثم بينهما وبين الاولاد الخ ٠٠٠٠

وكذا عقد البيع والاجارة والرهن والكفالة وغيرها ، كل منها قد ثبتت في الشرع له أحكام : منها ما بينه الكتاب والسنة القولية أو العملية مباشرة ، ومنها ما أضافه الاجتهاد استنباطا ٠

مدى سلطة العاقد على تعديل آثار العقود :

أما سلطة العاقدين على تعديل هذه الآثار التي قررتها النصوص للعقود : اما بالنقص منها ، واما باضافة التزامات على أحد الطرفين المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد ، وذلك بشرط يشترطانها في التعاقد ، ومدى هذه السلطة ، فقد ورد حولها نصوص عامة وخاصة مختلفة :

---

(١) سنرى في بحث تصنيف العقود آخر نظرية العقد ان العقد المسمى هو الذي أقر الشرع له اسما خاصا ، ورتب له أحكاما ، كالبيع والاجارة والرهن ٠

١ ـ ففي القرآن وردت آيات عامة ، منهـا الآيتان اللتان أوردناهما في الفقرة /٢١٣/ السابقة .

٢ ـ وفي السنة النبوية جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « **المسلمون على شروطهم** »(١) .

وقال أيضا : « كل شـرط ليس في **كتاب الله** فهـو باطل »(٢) .

---

(١) و (٢) انظرفي تخريج هذين الحديثين ماتقدم (ف/٤٧ ب الحاشية).

والكتاب هنا مصدر (**كتب**) بمعنى اوجب وشرع : اي كل شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل ؛ وذلك بأن يكون الشرط منافيـا لقواعـد الشريعة او مقاصدها ؛ هكذا فسره العلماء المحققون .

(ر : المغني لموفق الدين بن قدامة الحنبلي ٤٤٨/٨) وكشاف القناع ٥٣/٣) .

وليس معنى **كتاب الله** هنا القـرآن ، لأن القـرآن انما بين اصـول الشريعة ، ولم يتضمن تفصيل الشروط العقـدية المقبولة والممنوعة كمـا تقدم بيانه هناك .

واستعمال **الكتاب** بالمعنى الذي بيناه كثير في لسان الشرع ، كما في قوله تعالى : « **ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا** » أي فريضـة محددة الاوقات . وكذا قوله تعـالى في عـدم جواز نكاح المـرأة المعتـدة « **ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله** » أي حتى تنتهي العـدة التي فرضها الشرع على المرأة بانحلال النكاح السابق .

وأصل هذا الحديث ان « **بريرة** » كانت امة رقيقة ، فأرادت عائشة أم المؤمنين (ر ض) أن تشتريها وتعتقها . ومن المقرر شرعـا بقول الرسول عليه السلام **ان المولى اذا اعتق عبده يكون للمولى المعتق حق الولاء** ـ أي حق الارث من عبده العتيق في مرتبة معينـة من مراتب الميراث ، ترغيبـا في اعتاق الارقاء ـ فأراد اصحاب بريرة أن يشترطوا على عائشـة في البيع أن يكون ولاء بريرة لهم اذا هي اعتقتها بعد الشراء ، فأخبرت عائشة النبي عليه السلام بذلك ، فقال :

٣ ـ وروي أيضا أن النبي عليه السلام : « **نهى عن بيع وشرط** » هكذا روي مجملا بطريق الحكاية ، وليس هذا النص متفقا على ثبوته وصحة اسناده الى النبي كما سنرى (ر : ف/٢٢٠) ٠

ومع هذا ثبت أيضا في السنة العملية ان النبي عليه السلام اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بعيرا ، **وشرط لجابر ظهره الى المدينة** أي انه اشترط له حق ركوبه بعد البيع حتى يصل عليه الى المدينة ٠ (ر : بداية المجتهد ٢/١٣٢ وفتح القدير شرح الهداية باب البيع الفاسد ٦/٧٦) ٠

٤ ـ وكذلك قرر النبي عليه السلام صفة الامانة حكما أصليا في العارية بقوله : « ليس المستعير غير المغل ضمان »[1] ٠

ومع هذا ثبت في السنة العملية أنه عليه السلام استعار دروعا وسلاحا من صفوان بن أمية لحاجة المسلمين اليها في غزوة حنين ،

←

« ما بال قوم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » ٠

ووجه منافاة هذا الشرط لمقاصد الشريعة فيما يظهر ان الشرع الاسلامي يهدف الى ترغيب الناس في اعتاق الرقاب الرقيقة ، وقد فتح لذلك ابوابا منها الزامية ومنها اختيارية ٠ ولذا جعل حق الارث بالولاء لمن اعتق ثم لعصبة ورثته من بعده ترغيبا في الاعتاق ٠ فاذا اشترط على مشتري العبد انه قد اعتقه فولاؤه للبائع كان هذا الشرط مما يحمل المشتري على الاحتفاظ بملكية العبد المبيع وعدم اعتاقه ، فيختل غرض الشارع وسياسته الشرعية في موضوع وحكم لهما اتصال بمقاصد الشريعة ٠

(١) **المغل** (بضم الميم وتشديد اللام) اسم فاعل من « **الاغلال** » وهو الخيانة في الاموال (ر : النهاية ، والمصباح) ٠

واشترط له ضمانها بقوله : « عارية مضمونة مؤداة »[1] .

٢١٦ ـ فهذه النصوص وأمثالها مما ورد في السنة عن مدى اعتبار الشروط العقدية تفيد :

أولا ـ ان هناك شروطا تعتبر ميدانا لارادة العاقدين أطلق فيه الشرع لارادتهم سلطانها ضمن حدود حقوقهم في احكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئيا : ويعتبر العقد المسمى قائما بين الطرفين على أساسها ما لم يشترط خلافها .

ثانيا ـ ان هناك شروطا ممنوعة شرعا لا سلطان لارادة العاقدين فيها ، لانها تمس أحكاما أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الاسلامية ونظامها العام .

الشعبة الثانية

الاجتهادات الاسلامية

٢١٧ ـ فتجاه مجموعة النصوص الواردة في هذه النواحي

---

(١) وهذا ما فسح مجالا لبعض الاجتهادات ان تذهب الى ان صفة الامانة في العارية هي الاصل ، ولكنها تصبح مضمونة اذا اشترط على المستعير ضمانها ، جمعا بين الدليلين ؛ وهو أحسن الاجتهادات وأوجهها في صفة العارية وان كان غير المشهور ، وهو أحد رأيين في الاجتهاد الحنفي .

والمذاهب المشهورة فيها انها **أمانة مطلقا** عملا بالحديث الاول ، وعليه الاجتهاد المالكي ، والرأي الراجح في الاجتهاد الحنفي ، أو **مضمونة مطلقا** عملا بالحديث الثاني ، وعليه الاجتهاد الشافعي والحنبلي .

(ر : كتاب العارية في « **المغني** » لموفق الدين بن قدامة الحنبلي ٣٥٤/٥ ـ ٣٥٦/و « **بداية المجتهد** » ٢٦٣/٢/ و « الكفاية » شرح الهداية في الفقه الحنفي ٤٦٨/٧ ـ ٤٦٩) .

الاربع يجد الباحث عن موقف الاجتهادات الاسلامية انها متفقة في بعض هذه النواحي ومختلفة في بعض :

أ ـ ففي الناحيتين الاولى والثانية اتفقت الاجتهادات على مبدأ حرية التعاقد ورضائيته ، وعلى القوة الالزامية للعقد المشروع •

ب ـ وفي الناحية الثالثة ، وهي ترتيب آثار العقود ، تكاد تكون جمهرة الاجتهادات متفقة على مبدأ عام ، وهو أن ترتيب آثار العقود وأحكامها انما هو الاصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين ، فالشارع هو الذي ينظم هذه العقود ونتائجها في حقوق الناس ويجعل كل عقد طريقا الى نتائج معينة يرتبها عليه •

وللاجتهاد في هذا السبيل عمل متمم في التفريع على ما اثبتته نصوص الشريعة من أحكام العقود ، بالطرق التي فتحها الشرع نفسه أمام الاجتهاد في غير المنصوص عليه ، أي بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو سد الذرائع ، على اختلاف الاجتهادات في بض هذه الطرق كما تقدم ايضاحه في بحث الاستصلاح أول الكتاب •

ومبنى النظر الفقهي في كون ترتيب آثار العقود من عمل الشارع هو أن العقد سبب شرعي ، فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكيه الى نتائج حقوقية يقرها بينهم • فالى الشارع يعود تحديد هذه النتائج ؛ وانما تستمد ارادة العاقدين سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحددها لها • فان للشرع نظاما يحميه ، فهو الكفيل باقامة الحدود بين الحقوق الخاصة وارادات أصحابها من جهة ، وبين المصالح العامة وارادة الشارع من جهة أخرى ، كما أن الشارع أيضا هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناء على مباشرتهم لاسبابها ،

حفظا للتوازن ، ومنعا للتغابن ، وضبطا لنظام التعامل[1] ٠

ج ـ أما الناحية الرابعه ، وهي مدى حرية الشروط العقدية ، أو مدى سلطان الارادة في تحديد آثار العقد بين عاقديه ، فان الاجتهادات الاسلامية المشهورة على اختلاف أساسي واسع الشقة فيها[2] ٠

---

(١) هذا خلاصة ما يستفاد من عبارات الفقهاء الاصوليين في مبنى آثار العقود ومردها الى ارادة الشارع ٠

وانظر في هذا المعنى « **كشف الاسرار** » شرح اصول فخر الاسلام البزدوي ٢/٣٥٨ و ٤/١٧١ و « **المستصفى** » للغزالي ١/٩٣ و « **الموافقات** » للشاطبي ١/١٣١ و ١٥١ وفتاوى ابن تيمية ٣/٢٣٦ ٠

وقد استوفى نقل كثير من عباراتهم الاستاذ الجليل الشيخ محمد ابو زهرة في كتابه « **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية** » (ف/١٣٥ ـ ١٣٦) ٠

(٢) ان مبدأ **سلطان الارادة في آثار العقد** بحسب الاصطلاح القانوني الحديث هو نظرية **الشروط العقدية** في اصطلاح فقهائنا قديما ، فان طريق ارادة العاقدين الى تعديل الآثار الاصلية للعقد المسمى بينهما انما هي الشروط التي يشترطانها في العقد ، اذ يضيف العاقدان بهذه الشروط الى نتائج العقد بينهما حقوقا والتزامات لم يكن ليقتضيها اصل العقد لو خلا عما اشترطاه فيه ٠

هذا ويقول الاستاذ البحاثة الشيخ محمد ابو زهرة حفظه الله :

> **« ان آثار العقد في النظر القانوني تنشئها ارادة العاقدين الحرة بناء على القاعدة القانونية القائلة : « ان العقد شريعة المتعاقدين » ٠ فكل ما يرتضيه العاقد من احكام يكون صحيحا واجب الوفاء ٠**
>
> **أما في الشريعة الاسلامية فالارادة انما تنشىء العقد فقط ، ولكن احكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد ٠**

←

ويمكن تصنيف الاجتهادات ـ ذات الشأن في هـذا الموضـوع ـ الى زمرتين :

١ ـ الاجتهـادات التـي تعتبـر أن الاصـل الشـرعي في حريـة الشروط العقدية **هو التقييد** ؛ وهي الاجتهـادات التـي تمسكت بنظريـة **مقتضى العقد** ·

٢ ـ والاجتهادات التي تعتبر أن الاصل الشرعي في تلك الشـروط **هو الاطـلاق** ·

(ر : « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » ، ف/١٣٥) ·

والذي أراه : أنه لايصح القول في تشريع ما بان احكام العقود وآثارها انما توجبها ارادة العاقد لا ارادة الشارع ، بل هي في ظل كل تشـريع يجب أن تعتبر من عمل الشـارع لا من عمـل العـاقد ، لان ترتب حكم العقد وأثره على العقد والزام العاقد به كشريعة له انما هو اعتبـار تشريعي صرف · وكل الزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا ايجاب الشارع وارادته الملزمة · وهذا نظر فقهائنا كما سلف بيانه ، ولا يصح اعتبار خلافـه في الشرائع القانونيـة الوضعية · فالعقـد يعتبر شريعـة خاصبـة بـين العاقدين في الفقه الاسلامي ايضا ما دام فيه ان العقـد قوة ملزمة شرعـا لعاقديه ·

وليس الفارق بين التشريعين في هذا الموضـوع الا مـدى ما فوضه الشارع الى العاقدين من سلطان على تعديل الاحكام التي قررها التشـريع مبدئيا في كل عقد · وهذا يعني مدى حرية الشـروط العقـدية المعـدلة لتلك الاحكام ، وليس معناه ان العاقدين هما اللذان يشرعان آثـار العقد ويوجبانها بينهما · فقد يخلو العقد من كل شرط ، وعندئـذ لا شـك في ان الاحكام التي تثبت انما هي ما قرره التشريع من آثار لهـذا العقـد ؛ فهل يعقل ان يقال : ان العقد تارة يوجب العاقدان آثاره بينهما ، وتـارة يوجبها التشريع ؟!

وسنرى ان الاجتهادات المختلفة في الفقـه الاسـلامي بعضها يضيق حرية الشروط العقـدية ، وبعضـها يوسعها توسيعا على غرار ما استقرت عليه المبادىء القانونية الحديثة في ذلك ·

(أولا)

الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد[1]

٢١٨ ـ هذه الاجتهادات ترى أن لكل عقد في الشرع أحكاما اساسية تسمى : « **مقتضى العقد** » ، نص عليها الشرع مباشرة ، أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظا للتوازن بين العاقدين في الحقوق • فليس للعاقدين ان يشترطا من الشروط ما يخالف هذا المقتضى • فان اشترطا شرطا مخالفا له يفسد العقد ، كما لو اشترط الاجير العام من صباغ أو خياط مثلا أن لا يضمن ما يتلف بصنعه (ر : ف/١٨) •

وهذا مبنى الاجتهاد الحنفي في الشروط العقدية • ويقارنه في ذلك نظر جمهور فقهاء المالكية ، ثم الاجتهاد الشافعي •

فهذه الاجتهادات قد اخذت مبدئيا بنظرية مقتضى العقد ، وتمسك أصحابها بفكرته اجمالا ثم اختلفوا في التفصيل وتشعبت أنظارهم • والاجتهاد الشافعي أكثرها تشددا وتضييقا لحرية الشروط •

فمقتضيات العقود كلها في نظرهم انما تثبت بدليل شرعي • وليس للعاقد أن يخالفها أو يضيف اليها شيئا أو يقيدها بقيد الا اذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به : كاشتراط تأجيل الثمن في البيع ، وتأجيل المهر في النكاح (ر : ف/٢٥٨ ج الحاشية) •

وقد انفرد الامام مالك برأي في الشروط التي تفسد العقود ، وهو أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ويفسده اذا تنازل عنه شارطه فلم يتمسك به صح العقد ولغا الشرط ؛ وهو يبني ذلك على نظرية المانع

---

(١) انظر في معنى مقتضى العقد ما تقدم (ف ٦/١٩٥) •

(ر : ف/١٤٣) فيعتبر الشرط المنافي مانعا من صحة العقد ، فاذا زال المانع عاد الممنوع .

(ر : بداية المجتهد ٢/١٣٥ و « نظرية العقد » للاستاذ أبي زهرة ، ف/١٤٩) .

٢١٩ ـ موقف الاجتهاد الحنفي في هذا المقام :

والاجتهاد الحنفي يعتبر كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد مخالفا ومفسدا **المعاوضة المالية** ؛ كما لو اشترط في البيع حمل المبيع على حساب البائع ، أو اقراض احد المتبايعين للآخر قرضا ، ونحو ذلك .

أما اذا كان ذلك الشرط في عقود غير المعاوضات المالية كالزواج فيلغو الشرط بنفسه ولا يؤثر في العقد .

ولكن الاجتهاد الحنفي يستثني من المنع ثلاثة أنواع من الشروط فيعتبرها صحيحة لازمة :

١ ـ الشرط الذي ورد الشرع بجوازه ، كا شتراط تأجيل ثمن المبيع ، واشتراط الخيار لاحد المتبايعين ، وهو المسمى : « **خيار الشرط** » ، وما يقاس على ذلك كخيار النقد ، وخيار التعيين[1] .

٢ ـ الشرط الذي يلائم العقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم

---

(١) تقدم معنى **خيار النقد وخيار الشرط** ، فلينظر (ف/١١/ثامنا) .

أما خيار التعيين فهو أن يقع البيع وما في حكمه من عقود المعاوضات ، كالصلح والاجارة ، على واحد غير معين من عدة أشياء بشرط أن يكون لاحد العاقدين حق تعيين ما يختاره منها (ر : المجلة/٣١٦) .

كمبل أو رهن بالثمن المؤجل ، لانه توثيق له (ر : ف ١٩٢/٥) .

٣ ـ الشرط الذي يجري به العرف المعتبر شرعا ، فان العرف يصحح الشروط التي تعتبر في الاصل مفسدة للعقد .

فلو تعارف الناس في بعض الامكنة مثلا بيع البضاعة بشرط حملها على حساب البائع ، أو بشرط قيام البائع بتصليح الآلة المبيعة اذا اختلت ، صح ذلك .

والاجتهاد الحنفي يبني موقفه من حرية الشروط العقدية على شيء من المبالغة والتوسع في التمسك بمبدأ التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد ؛ فيرى أن اشتراط منفعة لجانب أحد العاقدين يخل بالتوازن الواجب ويؤدي الى النزاع ، لانها منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض يقابلها ، فتشبه ربا الفضل الممنوع شرعا . فاذا جرى العرف على اشتراطها يصبح العاقد على بصيرة من أمرها ،فيحسب لها حساب في العوض المقابل فيعود التوازن مضمونا ، ويكون التعارف نافيا للنزاع . (ر : رد المحتار ١٢٣/٤) .

ولا يخفى أن هذا التعليل ضعيف المبنى ، لان الواقع أن الانسان العاقل لا يشرط في عقده منفعة أو التزاما الا وقد وازنه وحسب حسابه في المعاوضة ، سواء أكان متعارفا أو غير متعارف .

وعلى كل حال قد كان استثناء الشرط المتعارف من المنع موسعا من تضييق حرية الشروط في الإجتهاد الحنفي ، لان العرف على الشروط قد عم (ر : مقدمة المجلة) .

بل لو قيل ، استنادا الى نظرية العرف هذه في الاجتهاد الحنفي ،

بأن تعارف الناس على اشتراط الشروط في العقود بوجه عام هو صحيح معتبر كتعارفهم على صور مخصوصة على الشروط في بعض العقود لكان ذلك تفقها حسنا • وعندئذ نستطيع القول بأن الشرط الفاسد قد زال من معاملات الناس بفعل الزمن ، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه ، الا اذا كان الشرط مصادما لنص تشريعي خاص يمنعه ، أو منافيا لقواعد الشريعة ومقاصدها العامة ؛ فان الناس اليوم قد اعتادوا ربط معاملاتهم كافة بشروط يتفق عليها في كل عقد ، ولا سيما بعد أن أوجبت الاحكام القانونية احترامها •

وتكاد تكون هذه الاجتهادات سوى المذهب الحنبلي متفقة على أن عقد النكاح هو أبعد ما يكون عن سلطان ارادة العاقدين على آثاره وأحكامه، لان أحكامه التي يقررها الشرع ليست من حقوق العاقدين فقط ، بل هي من حقوق الاسرة ونظام المجتمع •

وهذا أيضا ما يقره التشريع الوضعي ونظرياته في القوانين الحديثة كما سنرى •

(ثانيا)

الاجتهادات التي ترى ان الاصل في حرية الشروط العقدية هو الاطلاق

٢٢٠ ـ هذه الاجتهادات ترى أن الاصل الشرعي ، بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسنة العملية ، هو حرية العقود أنواعا وشروطا ، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين ؛ فعندئذ يمتنع بخصوصه ، على خلاف القاعدة ،

ويعتبر الاتفاق عليه باطلا ، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراما أو تحرم حلالا •

وهذا هو مبنى الاجتهاد الحنبلي ، بحسب نصوص فقهائه المختلفة ، وهو أوسع الاجتهادات الفقهية الاسلاميه وأرحبها صدرا بمبدأ سلطان الارادة ، ويتفق جوهر نظريته فيه مع النظريات القانونية الحديثة في الفقه الاجنبي كما سنرى •

ومثله مذهب شريح القاضي (ر : ف/٣٣٤) ، ومذهب عبد الله ابن شبرمة الكوفي[1] • وعلى هذا الرأي بعض فقهاء المذهب المالكي •

فكون هذه الحرية هي المبدأ الاصلي العام في العقود والشروط بنظر هذه الاجتهادات هو المستفاد من قول القرآن العظيم : « **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** » بمقتضى عموم لفظه واطلاقه ؛ ومن قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « **المسلمون على شروطهم** » •

والقيد الاستثنائي المانع هو المستفاد من قول النبي عليه السلام في حديث بريرة المتقدم : « **كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل** » •

---

(١) **عبد الله بن شبرمة بن الطفيل** من كبار فقهاء الكوفة المجتهدين • عاصر أبا حنيفة ، وتوفي سنة /١٤٨/ هـ ومذهبه في مدى سلطان الارادة والشروط العقدية لم نره مفصلا كما نقل مذهب ابن حنبل ؛ ولكن ماتنقله كتب المذاهب الاخرى ، وما جاء في مقدمة المجلة عن مبدئه العام في ذلك ، يفيد أنه كالاجتهاد الحنبلي في موقفه من سلطان الارادة وحرية الشروط العقدية (ر : فتح القدير ٦/٧٦ ، ومقدمة المجلة) •

ومن المفيد جدا البحث عما يمكن العثور عليه من آرائه الفقهية في كتب اختلاف الفقهاء • وقد قدمنا اختلافه في الفتوى القياسية مع أبي حنيفة في **مسألة ضياع بعض الدنانير المشتركة** (ر : ف٨٨/ب) •

بالمعنى الذي سلف بيانه في تفسير هذا الحديث (ر : ف/٢١٥ ح) ؛ وكذا من قول عمر بن الخطاب في وصيته القضائية الى أبي موسى الاشعري : « الصلح جائز بين المسلمين ، الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » (ر : ف/١٠ ح) وكلام عمر هذا هو التفسير الصحيح للشرط الممنوع الذي وصفه الرسول (ص) بأنه : « **ليس في كتاب الله** » .

ويطعن هؤلاء في ثبوت ما يروى من أن النبي « **نهى عن بيع وشرط** » بأنه ضعيف السند في نظر علماء الحديث ؛ وعلى فرض ثبوته يحمل على الشرط المنافي لكتاب الله وشريعته كما في حديث بريرة فانه هو الثابت .

٢٢١ ـ ففي هذه الاجتهادات لا يعتبر للعقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في شروط المتعاقدين ، بل يرون أن الشارع في الشريعة الاسلامية قد فوض الى ارادة العاقدين تحديد هذه المقتضيات ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصا من نصوص الشريعة . ولا ينقض أصلا من أصولها الثابتة .

ويقول ابن تيمية رحمه الله في تعليل ذلك :

> **« ان العقود انما وجب الوفاء بها لايجاب الشارع الوفاء بها مطلقا الا ما خصه الدليل . على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي[1] .**

---

(١) الذين يقولون **بالوجوب العقلي** هم فريق المعتزلة . ورأيهم في ذلك أن الامور التي تتصف بالحسن الذاتي ، كالايمان بالله تعالى وكالصدق والعدل ، يعتبر الناس مكلفين بها بحكم العقل ، ومحاسبين عليها عند الله ←

والاصل في العقود رضى المتعاقدين ونتيجتهـا هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد » •

ثم أورد رحمه الله نصوص الشريعة الدالة على هذا المبدأ مما أوردناه في أول البحث • (ر : فتاوى ابن تيمية ، ٣/٢٣٩) •

٢٢٢ ـ موقف الاجتهاد الحنبلي من نظرية مقتضى العقد :

هذا ، وان الفقه الحنبلي لم يهمل نظرية **مقتضى العقد** التي تمسك بها من ضيق على نفسه من رجال المذاهب الاخرى • فكثيرا ما يمنع فقهاء الحنابلة بعض الشروط في بعض العقود ويعللون بمخالفة ذلك الشـرط لمقتضى العقد •

ولكنهم أوسع نظرا في تفسير مقتضى العقد وحدوده • فهم لا يعتبرون كغيرهم ان كل مصلحة يشترطها أحد العاقدين لنفسه مما لا يوجبها العقد بذاته تكون منافية لمقتضاه ؟ بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه ما دامت مشروعة ، أي غير محرمة شرعا • فلا يعتبر الشرط منافيا لمقتضى العقد في نظر المحققين من الحنابلة الا في النواحي الاساسية التي اذا شرط خلافها تعطلت الغايـة الشرعية من العقد : فعندئذ قـد يبطل العقد بالشرط ، وقد يبطل الشرط ويصح العقد ، وذلك على حسب حال الشرط ودرجة مناقضته لغاية العقد •

→

تعالى دون توقف عـلى ورود الشرائع الالهية وتبليغها بواسطة الرسل • وهو خلاف ما عليـه جمهور فقهاء المسلمين الذين يتمسكون بظاهر قوله تعالى : « **وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا** » •

والمسألة معروفة في علم الكلام وعلم أصول الفقه بمسألة « **الحسن والقبح العقليين** » •

وعلى هذا الاساس قالوا :

ـ لو شـرط في عقد النكاح أن لا تحل به المتعـة الزوجيـة ، يبطل العقد بهـذا الشرط ، اذ لا يبقى معه للزواج معنى بـل يكون كالعقـد الصوري ٠

ـ أما لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي فان النكاح يصح ويلغو الشرط لانـه ينافي مقتضى العقد ، اذ لا يعقل أن يكون الاستمتاع حلالا بالعقد وممنوعا بالشرط ٠

وانما لم يبطل هنا لان غايتـه الشرعية ، وهي حل المتعة ، حاصلة ومتفق بين الطرفين على ثبوتها ، والشرط المذكور أمر زائـد غير جائز ، فيلغو هو دون العقد ٠

ـ وعلى هذا الاساس أيضا قالوا : اذا شرطت المرأة في عقد النكاح أن لا يسافر الزوج معها اذا سافرت كان هذا الشرط باطلا ، لان الشريعة لا تجيز لها السفر وحدها ٠

أما اذا شرطت أن لا يسافر زوجها بهـا اذا أراد السفر ، أو أن لا ينقلها من دارها ، فان شرطها هذا صحيح ،لانه مصلحة مشروعة لا تمنع المقصود من النكاح ، فيصح اشتراطها ، ويثبت للمرأة خيار الفسخ اذا لم يف لها الزوج به ٠

٢٢٣ ـ وقد ردوا على من يرى أن مثل هـذا الشرط ليس من مصلحة العقد ردا قرروا به ضابطا فقهيا هاما كان فيـه حد الفصـل بين نظريتهـم السـمحة ونظريـة غيرهم الضيقـة في حدود **مقتضى العقد** ، فقـالوا :

« والقول بأن هـذا الشرط ليس من مصلحة العقد قول مردود ، لان هـذا الشرط من مصلحة المرأة ، وما كان من مصلحة العاقد(١) كان من مصلحة العقد ، كاشتراط الرهن في البيع » .

(ر : كشاف القناع شرع الاقناع ٣/٥٢ طبعة المطبعة الشرقية) .

وصرحوا في الرهن بأنه لا يصح فيه اشتراط أن لا يباع الرهن عند حلول الدين ، أو أن لا يستوفى الدين من ثمنه . وكذا لا يصح اشتراط الخيار للراهن ، ولا توقيت الرهن . وعللوا ذلك بأن « هـذه كلها شروط فاسدة **لمنافاتها مقتضى العقد** ، فان المقصود بعقد الرهن ، مع الوفاء بهذه الشروط ، مفقود » . واختلفوا هل يبطل الرهن بهذه الشروط، أو يلغو الشرط فقط . (ر : المغني : ٤/٤٢٩) .

وهكذا في معظم العقود يميزون في كل منها بين الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة ، ويعللون فسادها بأنها تنافي مقتضى العقد بهـذا المعنى الذي بيناه .

وقد يتوسعون أحيانا في المنع ، فيحكمون بفساد شروط لا لانها تنافي مقتضى العقد ، بل لان العقد لا يقتضيها ، كاشتراط منفعة الرهن للمرتهن (ر : المغني أيضا) .

والظاهر أن منعهم هذا الشرط في الرهن لما فيـه من شبهة الربا عن الحق المرهون فيه ، والا فان قواعدهم ونصوصهم في البيع وغيره تقتضي صحة اشتراط المنافع الزائدة على أصل مقتضى العقد .

---

(١) هنا قيد ملحوظ : أي من مصلحة العاقد **المشروعة** ، وهي التي لا يحرمها الشرع .

٢٢٤ ـ وقـد اختلفت الروايات عـن أحمـد في صحة اشتراط **قلب مقتضى العقد** من حكم الضمان الى حكم الامانة ، وبالعكس •

فقد قال شمس الدين بن قدامة المقدسي في الشرح الكبير :
« وان اشترط المستعير **نفي ضمان العارية** لم يسقط الضمان » •

وكل ما كان أمانة لا يصـير مضمونا باشتراط ضمانه ، لان مقتضى العقد كونه أمانة ، فاذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب لضمانه ، فلا يلزمه ، كمـا لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد مالكه •

وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه ، لان مقتضى العقد الضمان ، فاذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه ، كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه •

وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال : « **المؤمنون على شروطهم** » ؛ وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ، ولكن الاول هو ظاهر المذهب » •

(ر : الشرح الكبير ، كتاب العارية ٤/٣٦٦ ـ ٣٧٧) •

فأنت ترى من هذا أن مسؤوليات العاقدين الاساسية الناشئة عن طبيعة العقد يتقبل الاجتهاد الحنبلي انقلابها بالشرط •

٥٢٢ ـ مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الارادة اجمالا :

وهذا الاجتهاد الحنبلي ، وما على أساسه وغراره في فهم نصوص الشريعة حـول مبدأ سلطان الارادة العقديـة لا يتقضي منـه اعجـاب

المتأمل ؛ وهو الاجتهاد الجدير بالخلود • فهو في باب العقود والشروط كالافق الفسيح واسـع محدود ، ولكن حدوده هي الطبيعة نفسـها !!
ولا سيما اذا عرفنا أن مبدأ سلطان الارادة الذي قرره الاجتهاد الحنبلي منذ أثني عشـر قرنا ، استنباطا من نصـوص الشريعة الاسلامية الخصبة وأصولها المحكمـة الواضحة ، لم تكن لتعرفه أو تفهمه الشرائع العالميـة والفقه الروماني ، ولم تنتبه اليه الافكار التشريعية والاجتماعية في أوروبا الا منذ قرنين كما سنرى ، مع أن الامام أحمد بن حنبل صاحب المذهب (رض) معدود مـن فقهـاء **مدرسة الحديث لا من مدرسة الرأي** (ر : ف/٥٨ الحاشية)[1] •

على أن ابن تيمية رحمه الله يرى أن عمق اطلاع أحمد وتمكنه في الآثار الثابتة من الحديث والسـنة هو السبب في سـماحة مذهبـه التعاملي ، اذ يقول :

> « ليس في الفقهاء الاربعة أكثر تصحيحا للشروط من أحمد • وان عامة ما يصححه من العقود والشروط له دليل شرعي خاص من أثر أو قياس • فلا يعارض ذلك بأنه **مخالف لمقتضى العقد** • وقـد بلغه في العقود والشروط من الآثـار عن النبي (ص) وعن الصحابة ما لم يجده عند غيره من الأئمة » •

وهكذا أيضا يرى الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه

---

(١) يلحظ أن الاجتهاد الحنبلي في أمور العبادات وتطهير النجاسات والتورع هو غالبا أضيق من سواه ، مما جعـله في نظر الناس عنوانا على التشدد في الدين ، عكس ما هو عليه من السعة والسماحة في أحكام التعامل بالعقود والشروط مما لم يتسع له غيره من المذاهب •

« **ابن حنبل** » : أن علم أحمد بالآثار كان يسعفه في فتح أبواب للشروط ظن غيره ممن لا يعلم السنة كعلمه انها مغلقة • فدراسة أحمد للآثار جعلته يفهم أن منطق الفقه الاثري يوجب الاطلاق والاباحة حتى يقوم دليل التقييد والمنع (ر : كتاب « ابن حنبل » ف/٢٢٨ – ٢٢٩) •

٢٢٦ ـ والاجتهاد الحنبلي قد سوى في الاعتبار بين الشروط المشروطة في صلب العقد ، والشروط المتفق عليها قبل العقد ، ولو لم يصرح بها حال التعاقد ، ما دام العاقد انما اعتمد عليها ؛ لان الامر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول الحالين •

وهذا هو ظاهر مذهب أحمد ، وجزم به في « المنتهى » ، وقال في « الانصاف » : انه الصواب الذي لا شك فيه • (ر : كشاف القناع ٥٢/٣) •

فقد اعتبر أحمد الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ ، كما اعتبر المعروف عرفا كالمشروط شرطا •

٢٢٧ ـ النواحي التي تتجلى فيها مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الارادة :

ومما يسترعي النظر من الاجتهاد الحنبلي في حرية الشروط ست نواح هامة من مبدأ الارادة تعرف قيمتها في ميزان الفقه القانوني الحديث ، وهي :

٢٢٨ ـ الناحية الاولى :

ان الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد النكاح وغيره في حرية اشتراط الشروط وقوتها اللزومية ضمن حدوده العامة السالفة البيان • وسوغ

للزوجين أن يشترطا ما يشاءان في عقد النكاح من الحقوق والمصالح والاحوال التي لا تنافي موضوع الزواج ونظامه الشرعي في الاسلام • فقد أجاز الامام أحمد بمقتضى هذا المبدأ أن تشترط المرأة عدم السفر مع زوجها ، أو أن لا ينتقل بها من دارها ، أو أن لا يتزوج عليها ، أو أن يشترط أحد الزوجين كون الآخر موسرا ، وغير ذلك •

وكل شرط صحيح يشرطهأحد الزوجين اذا لم يتحققيسوغ للزوج الآخر فسخ النكاح •

وانما يمنع من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص ، أو ما ينقص الحقوق والواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح ، كما لو اشترط توقيت النكاح ، أو عدم المهر ، أو عدم النفقة الزوجية أو عدم الاستمتاع الزوجي ونحو ذلك •

وتفصيل ذلك مبسوط في كتب المذهب (ر : المغني ، والشرح الكبير ، وكشاف القناع ، وكتاب « الفروع » وتصحيحه باب الشروط في النكاح) •

٢٢٩ ـ ويستند الاجتهاد الحنبلي في ذلك الى قول النبي عليه الصلاة والسلام •

« ان أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج »

فهو لم يفرق بين شروط المهر المالية وغيرها من مصالح الزوجين المشروعة التي تتعلق بها ارادتهما ، بل اعتبر الشروط في النكاح أحق بالتمسك وأوكد من غيرها •

ويتمسك الحنابلة أيضا في هذا المقام بما رواه الامام البخاري في

صحيحه في قضاء عمر بن الخطاب (ر ض) ، أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها ، ثم أراد نقلها ، فتقاضيا الى عمر ، فقال : « **لها شرطها** » • فقال الرجل : اذن يطلقننا !! فأجابه عمر بتلك الكلمة الدستورية الخالدة :

« مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولك ما شرطت »

(ر : اعلام الموقعين ٣/٣٣٨ وكشاف القناع ٣/٥٣) •

وقد أجاز الاجتهاد الحنبلي أيضا ، على خلاف بين فقهاء المذهب ، اشتراط الخيار في عقد النكاح مدة معينة كما في عقود المعاوضات ، فاذا مضت المدة دون أن يفسخ الزوج المخير ينبرم النكاح •

(ر : كتاب « الفروع » وتصحيحه ٣/٦٠) •

٢٣٠ ـ الناحية الثانية :

وقد تفرع عن تلك الناحية الاولى أن جاءنا الاجتهاد الحنبلي بمبدأ جديد هام في قاعدة الشروط العقدية ، وهو أن الشرط قد يكون في ذاته وبحسب طبيعته غير ملزم شرعا للمشروط عليه ، فهو في الشروط كالعقد غير اللازم في العقود ، ومع ذلك يصح اشتراطه ولا يغلو • فتكون ثمرة صحة اشتراطه ، رغم عدم لزومه ، ان الطرف المشروط لمصلحته يحق له فسخ العقد عند عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط •

ففي هذا النوع من الشروط يكون الطرفان مخيرين : فكما أن الطرف المشروط عليه مخير في الوفاء بالشرط وعدمه يكون الطرف المشروط له مخيرا بين الاستمرار وفسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط :

ـ وذلك كما لو اشترطت المرأة في عقد النكاح على الرجل « أن لا يسافر أو لا يتزوج عليها » ، فان الرجل حينئذ انما يستحسن له شرعا أن يفي بهذه الشروط ما استطاع ، لكن لا يجب عليه الوفاء ولا يجبر عليه قضاء ، لان الشرع أطلق له حرية السعي والسفر والانتقال ، اذ هو أعرف بمواطن رزقه وتتبع حاجته ، كما أطلق له حق التزوج بحدود رسمها الشرع • ولكنه اذا لم يف بالشرط فسافر أو تزوج غيرها كان لها فسخ النكاح بينها وبينه •

ـ حتى ان الحنابلة جوزوا على هذه الطريقة شروطا مكروهة شرعا تمس غير العاقدين ، ما دامت النتيجة في هذا النوع من الشروط ليست هي الالزام بتنفيذ الشرط ، بل هي حق الفسخ عند عدم تحققه •

وذلك كما لو اشترطت المرأة الثانية في عقد النكاح على زوجها أن يطلق امرأته الاولى • فقد اختلفوا في صحة هذا الشرط ، والمحققون على صحته[1] ، لأنه من مصلحة المرأة الشارطة وان لم يلزم به الزوج ، فيحق لها فسخ النكاح اذا لم يف الزوج بتطليق ضرتها كما شرط (ر : كشاف القناع شرح الاقناع ، بحث الشروط الصحيحة في النكاح) •

٢٣١ ـ الناحية الثالثة :

ان الاجتهاد الحنبلي سوغ تقييد الملك المطلق عند مباشرة عقده

(١) ان موفق الدين بن قدامة المقدسي نص على عدم صحة هذا الشرط ، لكن أكثر أصحاب المذهب الحنبلي على الصحة • وقواعد الترجيح في المذهب تعتبر قول الشيخ الموفق عند الاختلاف هو الراجح الصحيح •

(ر : تصحيح الفروع ٣/٥٦) •

بشروط تحفظية تمنع بعض تصرفات المالك ، أو تقيد طرق الانتفاع ، أو تستثني بعض الحقوق ، أو توجب على المالك بعض الواجبات :

ـ فجوز لبائع الامة الرقيقة أن يشترط على المشتري عدم بيعها بل يختصها بالتسري والاستيلاد ، لأنها قد تكون عزيزة على البائع فيريد أن يحفظ لها الصيانة والكرامة .

ـ وكذلك جوز اشتراط البائع على المشتري أنه اذا أراد بيع المبيع فالبائع أحـق باسترداده بثمنه ، فليس للمشتري عندئـذ أن يبيعه عـلى غير بائعه .

ـ وجوز أيضا بيع الشيء مع شرط احتفاظ البائع بمنفعته مدة معينة ؛

ـ وجوز أيضا بيع العقار على شرط أن يقفه المشتري ، وبيع العبد على شرط أن يعتقه ، ونحو ذلك .

وهذه الشروط وأمثالها لا تقبلها الاجتهادات الاخرى غير المذهب الحنبلي ، لأنها عندهم تعارض ما يقتضيه عقد البيـع ، وما يستلزمه الملك المطلق من حرية تصرف المشتري فيما اشتراه ، فان ثمرات الملك وحقوقه لا يرتبها العاقد ؛ وانما يرتبها الشرع ترتيبا يمنع تجاوز الانسان فيها على حقوق غيره .

ولكن نظر الاجتهاد الحنبلي في ذلك أن هذه الشروط الارادية لها تأثير في تحديد آثـار العقد بسلطة منحها الشـرع العاقدين ، وفوضهما بمقتضاهما هذا التحديد بحسب مصالحهما . فلا يكون الملك المنتقل بعقد البيع مع هذه الشروط ملكا مطلقا بل مقيدا .

٢٣٢ ـ الناحية الرابعة :

ان الاجتهـاد الحنبلي صحح طريقـة **البيع بما ينقطع عليه السعر،** أي بما يكون عليـه سعر السوق في تاريـخ معين ، دون تحديد للثمن عند العقـد •

وهذا لم يقبله أحد من الأئمة الثلاثة غير أحمد ، لما فيه من جهالة الثمن عند العقد[١] •

ولكن الاجتهاد الحنبلي اعتبر في هذا الاتفاق والشرط ما يضع أساسا صالحا لتحديد الثمن ، ونفي الجهالة وحسم النزاع •

وقد دافع عنه ابن القيم وأيد نظريته من الوجهة الشرعية والمصلحة الواقعية بما فيه الكفاية (ر : اعلام الموقعين ، طبعة المطبعة المنيرية بمصر ، ج ٤ ص/٣)[٢] •

---

(١) ان متأخري الحنفية جوزوا من هذا القبيل النوع الذي أسموه : **بيـع الاستجرار** ، للحاجة اليـه ، واختلفوا في طريقة تخريجه (ر : رد المحتار ٤/١٢) •

وبيع الاستجرار : هو أن يأخذ الانسان حاجاته اليومية من عند اللحام أو البدال أو غيرهما دون اتفاق على ثمن كل منها عند الاخذ ، ثم يحاسبه كل مدة • وهو المسمى اليوم بطريقة **الحساب الجاري** •

(٢) ويقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله في كتـابه « قاعـدة العقـود » :

> **« وقد نص أحمد على انه يجوز ان ياخذ بالسعر ، فيجوز الشراء بالعوض المروف والاستئجار بالعوض المعروف • وكذلك التزوج بالعوض المعروف • بل عوض المثل في البيع والاجارة اولى بالقبول ، فانه يوجد مثل المبيع والماجور كثيرا ، ويعرف عوضه بكثرة العرف ؛ بخلاف المراة ، فان ما يشابهها في صفاتها المقصودة من كل وجه متعذر » •**

←

وهذا غاية ما وصل اليه المنطق القانوني الحديث في شرائط التعاقد وما جاءتنا به المادة /٩٦/ من القانون المدني الجديد لدينا من أنه : اذا اتفق العاقدان على النواحي الاساسية في العقد وأرجىء البحث في التفاصيل الفرعية ولم يشترطا عدم تمام العقد قبل الاتفاق عليها ، اعتبر العقد منعقداً، واذا اختلفا بعد في تلك الامور الفرعية يقضي فيها القاضي بالعرف وقواعد العدالة[1] ٠

٢٣٣ ـ الناحية الخامسة :

ان الاجتهاد الحنبلي أجاز تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود والفسوخ ، من بيع واجارة وكفالة واقالة وابراء وغيرها ، حتى عقد النكاح أيضا ؛ وذلك على اختلاف في الآراء المذهبية في هذا التعميم ٠

وتعليق العقد هو انشاؤه بصيغة تفيد ارتباط وجوده بأمر آخر معلق عليه وهو المسمى بالشرط الجعلي كما تقدم (ر : ف/١٤٢) ٠

وذلك كقولك : ان جاءت بضاعتي الفلانية اليوم فقد بعتكها

←

(ر : « **قاعدة العقود** » فصل : « حق المرأة في الفسخ اذا لم يسلم لها الصداق المشروط ») ٠

وقد سبقت الاشارة الى أن هذا الكتاب من المخطوطات التي طبعت حديثا (ر : ف/٢٥٣ ح) ٠

(١) يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في هذا الصدد : « **ولقد رأينا أحمد يتوسع في العقود توسعا ما كنا نحسب انه سبق الفقه الحديث** » ٠

(ر : كتاب « ابن حنبل » للاستاذ المشار اليه ، ف/٢٢٣) ٠

بكذا ، وكقول المرأة : زوجتك نفسي على كـذا من المهر ان رضي أبي أو أخي مثـلا .

وجمهور الفقهاء قد أغلقوا باب التعليق في جميـع العقود ولا سيما التمليكات والنكـاح ، فاعتبروها بالتعليق باطلة . وانمـا سـوغوا تعليق الاسقاطات المحضـة كالطلاق والاعتاق . وسـوغ الحنفية تعليق عقـود الالتزامات والاطلاقات كالكفالة والوكالة بالشرط الملائم دون غير الملائم كما سنرى (ر : ف/٢٥١) .

ومستند أحمد في تجويز تعليق العقود بوجه عـام هو اطلاق قـول النبي عليه السـلام : « **المسلمون على شروطهم** » فانه لم يستثن منه الا الشرط الذي ينافي **كتاب الله** تعالى ، وهو الشرط الذي يحل حراما أو يحرم حلالا ؛ فيستوي فيه الشروط التعليقية والشروط التقييدية[1] .

ويقول ابن القيم في تعليل ذلك :

« ان تعليق العقود والفسـوخ والتبرعات والالتزامـات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو اليـه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة ، فلا يستغني عنه المكلف . وقد نص الامام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط كما يتعلق الطلاق ، وعلى جواز تعليق البيع والابراء » .

(اعلام الموقعين ، طبعة المنيرية ٣/٢٣٧ - ٢٣٨/ باختصار) .

وصحة تعليق العقود بالشروط هو ما يقتضيه اليـوم مبدأ سلطان

---

(١) سيأتي التمييز بين الشرط **التعليقي والتقييدي** في المطلب الثاني من هذا البحث (ف/٢٣٨ - ٢٣٩) .

الارادة في القوانين الحديثة ، ومقتضى المادتين / ٢٦٥ - ٢٦٦ / من قانوننا المدني •

٢٣٤ - الناحية السادسة :

ان الاجتهاد الحنبلي أجاز **طريقة العربون** ، وهي أن يبيع الانسان الشيء ويأخذ من المشتري مبلغا من المال يسمى « عربونا » لتوثيق الارتباط بينهما ، على أساس أن المشتري اذا قام بتنفيذ عقده احتسب العربون من الثمن ، وان نكل كان العربون للبائع •

وجمهرة المذاهب على أن ذلك غير جائز ، لأن فيه شرط مال يستحقه البائع بلا عوض ، وعليه الاجتهاد الحنفي والمالكي والشافعي •

ولكن أحمد ومحمد بن سيرين ونافع بن الحارث أجازوه تمسكا بما روى نافع وهو عامل لعمر بن الخطاب على مكة : انه اشترى لعمر دار السجن بمكة من صفوان بن أمية ، وشرط له انه ان لم يرضها عمر فلصفوان مبلغ معين من المال • وقد أقر عمر شرطه هذا (ر : الشرح الكبير ، باب الشروط في البيع ٤/٥٨ - ٥٩/ ، وبداية المجتهد ٢/١٣٥) •

ومن المعلوم أن طريقة العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة ، وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها ، وهي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار •

وقد أيد ذلك ابن القيم رحمه الله بما رواه البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الاشتراط ، عن ابن عون عن ابن سيرين أنه قال :

« قال رجل لكريه : ارحل ركابك ، فان لم ارحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج ، فقال شريح :

من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه[1] .

(ر : اعلام الموقعين ، طبعة المطبعة المنيرية ٣/٣٣٩) .

وهـذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريـح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار ما يسمى في الفقه الاجنبي الحديث :

الشرط الجزائي Clause pénale (ر : ف/٣٩١) .

٢٣٥ ـ هـذا ، ونحن انما عرضنا في هـذه النواحي الست أسسا ومبادىء من سلطان الارادة في آثار العقود والشروط العقدية موجودة في الاجتهاد الحنبلي ومروية عن امامه .

ونلفت النظر الى أن في بعض هـذه النواحي الاساسية اختلافـا بين فقهاء المذهب الحنبلي ، وان ما هو متفق عليه من الأسس يوجد في تطبيقاته الفرعية اختلاف كثير على الحدود والتفصيلات .

فجريان خيار الشرط في عقد النكاح مثلا ، وصحة تعليقه بالشرط المعلق ، هو خلاف المشهور في المذهب الحنبلي .

---

(١) **الكريّ** بتشديد الياء ، وزان « **غني** » : هو المكاري الذي يؤجر دوابه للسفر .

و « **ارحل ركابك** » : أي شد على دوابك رحالها استعدادا للسفر .

وشريح (بصيغة التصغير) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي ، من أشهر القضاة الالمعيين ، والفقهاء المجتهدين في صـدر الاسـلام ، ولاه عمر بن الخطاب قضاء الكوفة واستمر فيه حتى استعفى في أيام الحجاج فأعفاه ، وكان ثقة في الحديث ، مأمونا في القضاء ، له باع في الادب والشعر ، وعمر طويلا .

(ر : « **قاموس الاعلام** » للزركلي) .

وكذا تعليق عقود المعاوضات المالية ، وطريقة البيع بما ينقطع عليه السعر بما تقدم بيانه ، لم تتفق عليها آراء فقهاء الحنابلة : فمنهم من حكم بجوازها ومنهم من حكم ببطلانها ٠

ولكن المهم هو أنها آراء فقهية قد اتسعت لها قواعد المذهب ونظرياته الاساسية ، وهي بمثابة الرواية والنقل عن امام المذهب أو كبار رجاله ولو أن بعضها لم يكن هو المشهور المرجح[1] ٠

---

(١) يرجع فيما حررناه في هذا البحث الى المصادر التالية :

أ ـ من الكتب القديمة في الفقه العام والفقه المذهبي :

١ ـ « بداية المجتهد » للقاضي ابن رشد الحفيد المالكي ، باب بيوع الشروط والثنيا ١٣٢/٢ ـ ١٣٧ ٠

٢ ـ « فتح القدير » للكمال بن الهمام الحنفي شرح الهداية ، بحث الشرط الفاسد من باب البيع الفاسد ٧٦/٦ ـ ٧٧ ، وكذا غيره من كتب المذهب الحنفي ٠

٣ ـ أمهات كتب المذهب الحنبلي كالمغني ، والشرح الكبير ،والمنتهى، وكشاف القناع شرح الاقناع ، فصل الشروط في البيع والشروط في النكاح وفي غيرهما من العقود ، وخاصة هذين الفصلين في كتاب « الفروع » وتصحيحه ، ففيه مختلف الروايات المذهبية ٠

وكذا كتاب « الانصاف » للشيخ علاء الدين علي بن سليمان المقدسي، فانه قد تكفل بتحرير هذه الروايات وترجيحاتها ، وقد نقلنا عن نسخة مخطوطة منه من خزانة الاستاذ الشيخ جميل الشطي مفتي الحنابلة بدمشق ، ثم طبعت في مطبعة أنصار السنة في القاهرة ٠

٤ ـ بحث العقود والشروط للشيخ تقي الدين بن تيمية في الجزء الثالث من فتاواه ٠

٥ ـ « أعلام الموقعين » لابن القيم ، المثال ٦١ ـ ٦٢ من أمثلة الحيل الجائزة ، طبعة المنيرية ٣٣٦/٣ ـ ٣٤٤/ وطبعة الكردي ٢٧٨/٣ ـ ٢٩٤ ٠

←

ان الآراء والنظريات الفقهية في المذاهب المعتبرة ، سواء منها الراجح والمرجوح ، كلها ثروة تشريعية قيمة يحتاج اليها • وقد يظهر تطور المصالح الزمنية واعادة النظر أن ما كان من الآراء الفقهية مرجوحا هو الذي يجب أن يكون الراجح ، وما كان يظن ضعيف المبنى هو في الحقيقة أقوى وأسد ، ولكن مرمى نظر صاحبه قد كان أمام قافلته بمسافات لا تدركها أبصارهم ؟ فيبقى غير معتمد عليه حتى تصل العصور بالاجيال الى مرمى ذلك النظر فاذا هو البصر الجديد ، والفهم الرشيد !!

وفي كل مذهب أنظار فقهية من هذا القبيل يمتاز فيها المذهب بما لم يدركه سواه من المذاهب •

٢٣٦ ـ ولله در ابن القيم ـ وهو من أعلام فقهاء المذهب الحنبلي ـ فان له في هذا المقام كلاما نفسيا مخلدا يعد من مفاخر الانظار الفقهية • فانه ، بعد أن استعرض في كتابه « **اعلام الموقعين** » بعض نصوص الشريعة وآثار السنة المروية في قاعدة الشروط ، والروايات الثابتة عن الامام أحمد في تعليق العقود وتقييدها بالشروط ، يقول ما نصه :

« والمقصود أن للشروط عند الشارع شأنا ليس عند

←

ب ـ من المؤلفات الحديثة :

١ ـ رسالة « العقود والشروط » للعلامة الكبير المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم بك •

٢ ـ كتاب « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ، ف/١٣٥ ـ ١٥١ •

ـ كتاب « ابن حنبل » للاستاذ المشار اليه نفسه ف/٢٢٤ ـ ٢٣٣ •

كثير من الفقهاء • فان بعضهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده • وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل • فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص ، وفيه قضيتان كليتان :

احداهما : ان كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان •

ـ **والثانية** : ان كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه ، **وهو ما يجوز بذله وتركه بدون اشتراط** ، **فهو** لازم بالشرط •

ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء ؟ وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة • ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والاقوال الآرائية ، فانها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع » •

(أعلام الموقعين ،طبعة المطبعة المنيرية ، ٣/٣٣٩ ـ ٣٤٠/باختصار)•

٢٣٧ ـ وبمناسبة كلمة ابن القيم هذه نعيد الى الذاكرة تلك الجملة الدستورية العظيمة لإستاذه شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله وقد نقلناها سابقا (ف/٢٢١) اذ يقول :

« والاصل في العقود رضى المتعاقدين ، ونتيجتها هو **ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد** » •

فهذه العبارة الجليلة هي التي يجب أن تعتبر بحق دستور الفقه الاسلامي في مبدأ سلطان الارادة العقدية •

هذا ، وقد عنينا ببسط القول في الاجتهاد الحنبلي هنا لأنه هو الذي تتمشى أسسه في موضوع سلطان الارادة العقدية مع النظريات القانونية الحديثة ، وتصلح أن تكون أساسا للمقارنة بها[1] .

المطلب الثاني

انواع الشروط العقدية

التعليق ـ التقييد ـ الاضافة

٢٣٨ ـ ان التصرفات القولية ، ومنها العقود ، لها من حيث الاطلاق والتقييد ، حالتان عامتان :

---

(١) **يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « ابن حنبل »** بعد عرضه مذهب أحمد بن حنبل في حرية التعاقد والشروط العقدية ما نصه :

« وهكذا ترى ذلك الامام الذي جعل آثار السلف أستاذه، فتخرج عليها واهتدى بهديها انتهى في العقود وفي كثير من معاملات الناس الى التوسعة بدل التضييق ، والاباحة دون المنع .

وبذلك قام الدليل على أن الناس الذين يزعمون أن الرجوع الى مسالك السلف الصالح فيه تضييق على الناس لم يعرفوا حقيقة هذه الآثار ، وكيف سلك الصحابة السبيل ، وكيف عالجوا المشاكل التي عرضت بروح الدين الذي جاء رحمة للناس ، ولم يجيء لاعناتهم والتضييق عليهم .

وهذه عقود تقوم عليها الاسواق العالمية اليوم قد كان في فقه أحمد متسع لها ، وقد تبين انه اهتدى في هذا بهدي السلف رضي الله عنهم » . (كتاب « ابن حنبل » ف/٢٣٣) .

أ ـ فهي اما أن تصدر من المتكلم منجزة ومطلقة ، أي خالية عن كل قيد وشرط . وعندئـذ يوجد التصرف أو العقد في الاعتبـار الشرعي ، وتترتب عليه أحكامه وآثاره من فور انشائه . وذلك كما لو قال أحـد العاقدين للآخر مثلا : بعتك فرسي هذه ، أو قال : آجرتك داري هـذه سنة بكذا دينارا ، وقبل الآخر ؛ فانه ينبرم العقد ويأخذ حكمه للحال . فيملك المشتري المبيع ، ويملك المستأجر المنفعة لقاء البدل المسمى الذي يستحق عليها . وعندئذ يسمى العقد **منجزا مطلقا** .

ب ـ واما أن تصدر من المتكلم مربوطة بأمر يقصد به :

ـ تعليق وجود العقد ، أي ربط وجوده بوجود شيء آخر بحيث لا يوجد العقد ما لم يوجد ذلك الشيء .

ـ أو تقييد حكمه وآثاره .

ـ أو تأخير مفعوله الى زمن معين :

١ ـ فلو قال البائع مثـلا : بعتك حصتي من هـذه الدار بكذا **ان رضي شريكي** ، فقبل المشتري ، يكون المتبايعان غـير معتزمين تنجيز البيع ، وانما علقا وجوده وربطاه برضى الشريك الذي يمكن أن يرضى وأن لا يرضى ، فكان البيع تحت احتمال الوجود والعدم .

٢ ـ ولو قال البائع : بعتك هـذه السيارة بكذا ، **على شرط أن استعملها شهرا** قبل التسليم ، أو بشرط أن أقوم بتصليحها كلمـا طرأ عليها خلل الى سنتين ، فقبل المشتري ، يكون الطرفان قـد اعتمدا تنجيز البيع ، وانما أرادا تعديل آثاره بقيد قيداه به يحفظ للبائع حقا في منافع السيارة مـدة شهر بعد خروجها من ملكه ؛ أو يلزمه باصلاح ما يطرأ عليهـا من خلل . فقد كان مقتضى البيـع لولا الشرط هـو أن تنتقل

ملكية السيارة ويستحق تسليمها فورا ، ثم لا يكون للبائع حق في شيء منها أو في منافعها ، كما لا يكون مسؤولا عما يطرأ عليها من خلل حادث في يد المشتري •

٣ ــ ولو قال المؤجر : آجرتك داري هـــذه سنة بكذا اعتبـارا **من أول الشهر القادم** فقبل المستأجر ، يكونان قـــد أخرا حكم الاجارة وأضافاه الى زمن مستقبل • ولولا هذا القيد المشروط لبدأ حكمها ونبتت حقوق المستأجر من فور العقد •

٢٣٩ ــ وبهذه الامثلة الثلاثة يتضح أن الشروط التي يلقى بهـا العاقد على عقده قيدا من القيود يعدل به عن طريق التنجيز والاطلاق هي ثلاثة أنواع :

الاول ــ الشـرط الذي يعلق انعقاد العقد ونحوه مـــن التصرفات القولية ، فيجعل وجوده مرتبطا بأمر آخر •

وهذا يسمى : **تعليقا** على الشرط ، كما في المثال الاول •

الثاني ــ الشرط الذي لا يعترض سبيل الانعقاد ، وانما يقيد حكم العقد تقييدا ، فيعدل آثاره الاصلية بايجاب التزامات بين الطرفين لـم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا عن الشرط •

وهذا يسمى : **تقييدا** بالشرط ، كما في المثال الثاني • وقد يسمى: **اقترانا** بالشرط ، ويوصف العقد معه بأنه « **مقيد بالشرط** » في مقابل العقد « **المعلق** » •

الثالث ــ الشرط الذي ليس فيه تعليق وجود العقد ، ولا تعديل مقتضياته وأحكامه الاصلية ، وانما يقصد به تأخير سريان تلك الاحكام الى زمن مستقبل معين •

وهذا يسمى : **اضافة** ، كما في المثال الثالث •

وسنبين في الشعب التالية من البحث :

أولاً ــ مجمل الانظار والاعتبارات الفقهية في كل من هذه الانواع الثلاثة : (التعليق ، والتقييد ، والاضافة) •

ثانياً ــ الفوارق بين مقتضيات هذه الانواع •

ثالثاً ــ قابليات أنــواع التصرفات والعقود لهذه الانـواع مــن الشروط •

الشعبة الاولى

مجمل الانظار الفقهية في التعليق والتقييد والاضافة

أ ــ التعليق على الشرط

٢٤٠ ــ ان التعليق على الشرط ، كما تفيده تعاريف الفقهاء ، هو : **ربط حصول أمر بحصول أمر آخر** •

فهو عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا سـاري الحكم منذ صدوره •

فعندما يقول الانسان الآخر مثـلا : ان سافر مدينك فأنا كفيل بما لك عليه ، يكون القائل قد ربط انعقاد الكفالة بتحقق سفر المدين • فهذا تعليق للكفالة[1] •

★ (١) الفقهاء يعرفون التعليق بأنه :

←

٢٤١ ـ ويصاغ التعليق عادة باحدى الادوات الشرطية التي تربط بين فعلين ، نحو « **ان** » و « **اذا** » و « **متى** » و « **كلما** » ؛ لأن الامر المعلق عليه هو أفعال أو أحداث وقوعية ، وهذه الادوات الشرطية هي التي تدخل على الجملة الفعلية فتجعل وقوع الحدث الذي تتضمنه شرطا لوقوع الامر المعلق المشروط •

فلا بد في التعليق من جملتين يربط بينهما بأداة شرطية •

فالجملة التي تدخل عليها الاداة الشرطية تسمى : **الشرط** ، **أو جملة الشرط** ، وتدل على الامر المعلق عليه • والجملة الاخرى تسمى : **الجزاء** ، وتدل على الامر الانشائي المعلق من عقد ونحوه •

ولا عبرة بتقدم احدى الجملتين أو تأخرها ، نحو : « ان وصلت بضاعتي الفلانية اليوم فقد وكلتك ببيعها » ، أو : « وكلتك ببيع بضاعتي الفلانية ان وصلت اليوم » •

٢٤٢ ـ ولكي يكون الكلام تعليقا بالمعنى الحقيقي في اصطلاح

« **ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخرى** » •

أو بأنه : « **ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد** » •

(ر : « الاشباه والنظائر » بحاشية الحموي ، الفن الثالث ج ٢ ص/٢٢٤) •

ففي المثال المذكور قد رتب المتكلم الكفالة ، وهي مضمون الجملة الثانية ، على سفر المدين ، وهو مضمون الجملة الاولى • وكلاهما ، أي السفر والكفالة ، لم يتحققا في الوجود ، وانما التزم المتكلم الكفالة عند تحقق السفر المحتمل الوقوع •

والتعريف الذي استخلصناه واعتمدناه هو أوجز وأوضح •

الفقهاء يجب أن يكــون الامــر المعلق عليـــه ، وهــو الشرط **معدوما على خطر الوجود** ، أي معدوما محتمل الوقوع :

ـ فلو كان متحقق الوجود حين التعليق كان الكلام تنجيزا في صورة تعليق ، كقول القائل : « ان كنت حيا فقد بعتك هذا الشيء » .

ـ ولو كان مستحيل الحصول كان التعليق ابطالا ، اي مبالغة في التعبير عن الامتناع وعدم الارادة ، كقوله : ان عاش مدينك بعد موته فأنا كفيله . (ر : « الاشباه » لابن نجيم ، الفن الثالث٢/٢٢٤) .

٢٤٣ ـ هذا ، وان التعليق يقتضي وقوع الامر المعلق عند تحقق الشرط المعلق عليه ، كما يقتضي دوام انتفائه ما دام الشرط معدوما : أي أن المشروط مرتبط بالشرط وجودا وعدما ، اذ يصير الشرط كالسبب المشروط ـ **بارادة المتصرف** ـ بعد ان لم يكن له به علاقة .

وعلى هذا الاساس وضعت القاعدة القائلة : **المعلق بالشــرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط**(المجلة/٨٢) .

فاذا قال الدائن للمدين : « ان وفيتني اليوم نصف ديني فقد أبرأتك من الباقي أو قال الآخر : « اذا قضى القاضي لي على مديني فلان فقد وكلتك بقبض الدين منه » ، فان هذا التعليق يقتضي عدم براءة المدين عن الدين قبل دفــع القدر المشروط في الموعد المحدد ، وعــدم ثبوت الوكالة بقبض الدين قبل صدور حكم الحاكم به ؟ لأن القائل الذي له حق التصرف قد اشترط الدفع أو الحكم ، وجلعه مناطا لتحقيق الابراء عن بقية الدين ، أو للتوكيل . ولذلك يسمى أيضا الشرط المعلق عليــه : **شرطا جعليا** في مقابل « الشرط الشرعي » كما تقدم في مناسبته (ر : ف/١٤٢) .

ب ـ التقييد بالشرط

٢٤٤ ـ وأما التقييد بالشرط ، أو الاقتران به ، فهو :

التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة اطلاقه .

وذلك كما لو باع الانسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه الى محل المشتري . فالبائع هنا قد التزم بالشرط في ضمن عقده وجيبة حمل المبيع الى محل المشتري . وهذا الالتزام لم يكن ليقتضيه البيع المطلق ، أي الخالي عن الشرط ، لأن البيع المطلق انما يوجب انتقال الملكية بعوض ، ثم ان المالك الجديد المشتري هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه[1] .

ومثل ذلك ما لو وكل وكيلا بشراء شيء على أن يكون الثمن مقسطاً أقساطا عين له عددها ومددها .

فالوكيل قد تقيدت وكالته بهذا الشرط فأصبح ملتزما فيها أن

★ (١) الفقهاء يعرفون الشرط التقييدي بأنه : « **التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد** » (ر : حاشية الحموي على الاشباه ، الفن ٣ ، ج ٢ ، ص/٢٢٤) .

ففي المثال المذكور قد التزم البائع أمرا لم يقع ، وهو حمل المبيع على حسابه وان التزامه هذا حصل في ضمن أمر قد وجد وانبرم ، وهو عقد البيع .

وهذا التعريف يقابل قولهم في تعريف الشرط التعليقي بأنه : « ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد » كما تقدم (ف/٢٤٠) الحاشية .

والتعريف الذي وضعناه هنا أدق تصويرا لحقيقة الشرط التقييدي ، وأوضح صورة .

لا يشتري لموكله الا بحسب التقسيط الذي قيده بـه . فلو خالف يقع الشراء لنفسه ولا يلتزم به موكله . ولو كان التوكيل مطلقا لكان للوكيل صلاحية الشراء للموكل نقدا وتقسيطا .

وهكذا يقال في تخريج كل مثال من هذا القبيل .

فالمقيد هنا هو حكم العقد المنشأ والقيد هو الشرط الذي التزم بـه العاقد ما التزم علاوة على الحكم الاصلي للعقد .

ويلحظ هنا أن العقد في حالة التقييد هو **منجز مبرم** ليس معلقا على شيء ، لأن معنى التقييد يشعر بوجود الامر المقيد[1] .

هذا ، وان التقييد يصاغ عادة بعبارة « **على ان** » أو « **على شرط ان** » أو « **بشرط ان** » ، ونحو ذلك مما يفيد معنى التقييد الآنف الشـرح ؛ نحو : « وهبتك هذا الشيء على أن تهبني في مقابله كذا » ، الخ ...

ج ـ الاضافة الى المستقبل

٢٤٥ ـ وأما الاضافة فهي :

تاخير حكم التصرف القولي المنشأ الى زمن مستقبل معين

وذلك كما لو قال المؤجر : « آجرتك هذه الدار سنة بكذا من أول الشهر القادم » ؛ أو قال الموكل : « وكلتك في جميـع شؤوني منذ أول السنة الآتية » .

---

(١) ومن ثم نرجح تسمية هذا النوع « **تقييدا** » كما هو اصطلاح الحنفية لا « **اقترانا** » كما يسميه بعضهم (ر : ف/٢٣٩) ، لان **الاقتران** معنى ينطبق على التعليق والاضافة أيضا ، فلا يدل على الخاصة التي يتميز بهذا هـذا النوع .

وقد يكون الزمن المستقبل ملحوظا ، فيكون التصرف مضافا دون تصريح بالاضافة ، كما في الوصية ، اذ يقول الموصي مثلا : « أوصيت بثلث مالي لفلان ، أو للجهة الفلانية » . فان الوصية تفيد معنى الاضافة الى ما بعد الموت . أما التبرع المنجز في الحياة فهو الهبة أو الصدقة .

وتصاغ الاضافة عادة بذكر الزمن على سبيل الظرفية للتصرف الانشائي المضاف ، كما في الامثلة السابقة .

فاذا صيغت الاضافة بطريق التعليق على مجيء الزمن ، واستعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية السالفة البيان اعتبرت تعليقا محضا لا اضافة ، كما لو قيل : « اذا جاء الشهر الفلاني فقد آجرتك داري سنة بكذا » . فعندئذ تأخذ أحكام التعليق لا أحكام الاضافة ، لأن أصل انعقاد العقد حينئذ يكون معلقا على مجيء الزمن المعين مربوطا به ارتباط المشروط بشرطه، كتعليقه على أي حادث آخر ، وليس معقودا للحال ومؤخر الحكم الى زمن مستقبل بالصورة التي سبق شرحها في معنى الاضافة الاصطلاحي . (ر : « الأشباه والنظائر » لابن نجيم ، الفن الثاني ، كتاب الطلاق ج١ ص/٢٥٥).

الشعبة الثانية

الفوارق بين مقتضيات التعليق ، والتقييد ، والاضافة

٤٢٦ ـ رأينا أن التعليق يجعل التصرف المعلق مرتبطا في وجوده بالشرط المعلق الذي يمكن أن يوجد أو لا يوجد .

أ ـ فالتعليق **مقتضاه** أن العقد المعلق بالشرط مهما كان نوعه هو **عدم قبل وقوع الشرط المعلق عليه .**

ب ـ أما التقييد فمن **مقتضاه** أن يعتبر العقد المقيد بالشرط موجودا مبتوتا بين الطرفين ، وانما التزم في ضمنه حكم زائد معدل لموجبه الاصلي ؛ وان معنى التقييد يشعر بوجود العقد المقيد كما تقدم (ف/٢٤٤) .

وعلى هذا ، فمن علق البيع مثلا بقوله لآخر : « ان جاءت سيارتي الفلانية اليوم من سفرها فقد بعتكها بكذا » ، ورضي المخاطب ، فانه بحسب اتفاق الطرفين أنفسهما لم يرد صاحب السيارة أن يكون بائعا لها منذ تعليق العقد قبل مجيئها في ذلك اليوم ، وكذا لا يعتبره أحد بائعا بانشاء هذا التعليق ، ولا سيما ان السيارة ربما لا تحضر في الزمن المعين فلا يتحقق الشرط الذي علق عليه البيع .

أما من قيد البيع بالشرط تقييدا بقوله مثلا لصاحب سيارة : « اشتريت منك هذه السيارة بكذا على شرط أن تعلمني سوقها » ، ورضي الآخر ، فان الطرفين يكونان متبايعين فعلا بهذا التعاقد المقيد ، ويعتبر البيع بمقتضى اتفاقهما **منجزا مبتوتا بينهما** ، ويصير البائع ملتزما بتعليم السوق، ومكلفا بتنفيذ التزامه[1] .

ج ـ وأما الاضافة فهي تشبه التعليق من وجه ، لان حكم العقد

---

(١) ومن ثم يقول الفقهاء في التفريق بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط : ان الاول « **ترتيب** أمر لم يوجد على أمر لم **يوجد** » أما الثاني فهو : « **التزام** أمر لم يوجد في أمر قد **وجد** » ، كما سلف بيانه في تعريف التعليق والتقييد .

وقالوا : « ان الشرط التعليقي هو ما علق عليه أصل الفعل ، والشرط التقييدي هو ما جزم فيه بأصل الفعل وشرط فيه أمر آخر . (ر : حاشية الحموي على « الاشباه » الفن الثالث ٢/٢٢٥ نقلا عن قواعد الزركشي) .

المضاف مؤخر الظهور ، لان الزمن المضاف اليه محقق القدوم ، وليس على خطر الوجود والعدم كما في الشرط المعلق عليه ٠

ولكن شبهها بالتقييد أقوى لان المؤخر فيها ليس هو أصل العقد كما في التعليق ، بل حكمه فقط ٠

٢٤٧ ـ وعن هذا كان **مقتضى** الاضافة في نظر الفقهاء أن العقد المضاف ينعقد في الحال سببا للحكم المستقبل ، فهو عقد قائم بين الطرفين منذ انشاء الاضافة كما في حالة التقييد ، وليس معدوما للحال كما في التعليق ٠

وبناء على ذلك قرروا في العتق أن من أضاف عتق عبده اضافة الى المستقبل ، بأن قال له مثلا : « أنت حر غدا » ، لم يعد يملك بيعه رغم بقائه رقيقا قبل الغد ، لانه قد انعقد له سبب الحرية بهذه الاضافة ٠ فيعتبر الاعتاق موجودا ، ولكن ظهور حكمه مؤخر تأخيرا الى أجل مسمى ٠ بخلاف ما لو علق عتقه تعليقا بأن قال له مثلا : « ان عاد ابني من سفره سالما فأنت حر » ، فانه رغم صحة التعليق لا يعتبر سبب الحرية منعقدا له في الحال ، بل يملك المولى بيعه قبل عودة ابنه لأن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجود الشرط[١] ٠

٢٤٨ ـ يتضح مما تقدم أنه في حالة التعليق اذا وجد الشرط المعلق عليه فانما يثبت الحكم المعلق **مقتصرا لا مستندا** ، أي انما يعتبر

---

(١) مثل ذلك ما لو صيغت الاضافة بطريق التعليق على الزمن المستقبل كما لو قال المولى في المثال المذكور : « اذا جاء غد فأنت حر » ، فانه يملك بيعه قبل حلول الغد ، لان الاضافة عندئذ تصبح تعليقا يربط فيه أصل العقد بمجيء الزمن المستقبل (ر : ف/٢٨٦) ٠

موجودا عند وجود الشرط لا منذ التعليق ؛ اذ لو اعتبر له بعد تحقق الشرط استناد الى تاريخ التعليق ، أي أثر رجعي ، للزم من ذلك تقدم العقد المشروط على شرطه ، وهو خلاف المعقول .

فلو علق انسان الوكالة مثلا بقوله لشخص آخر : متى تسلمت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها ، فباعها المخاطب قبل تسليمها ثم تسلمها ربها ، لا ينفذ عليه البيع ، لان وكالة ذلك الشخص انما تثبت منذ تسلم البضاعة ، فقبل ذلك يكون فضوليا في بيعه .

الشعبة الثالثة

قابليات أنواع العقود لانواع الشروط

٢٤٩ ـ ليست جميع أنواع العقود والتصرفات القولية في نظر جمهور الفقهاء قابلة لكل نوع من هذه الشروط العقدية الثلاثة : التعليق ، والتقييد ، والاضافة .

فمن العقود والتصرفات القولية ما يقبل هذه الشروط جميعا ، فيصح تعليقه وتقييده واضافته ؛ ومنها ما يقبل بعضها دون بعض .

والمذاهب الاجتهادية على اختلاف في هذه القابليات ؛ وإن أوسعها هو الاجتهاد الحنبلي كما تقدم .

وسنوجز فيما يلي قواعد الاجتهاد الحنفي في ذلك ، وهو حد وسط بالنسبة الى بقية الاجتهادات .

٢٥٠ ـ فنظر الاجتهاد الحنفي في قابليه العقود للشروط يمكن تلخيصه في القواعد التالية :

يقسم فقهاء الحنفية العقود وسائر التصرفات القولية الانشائية في هذا المقام بحسب ماهيتها وقابلياتها الشرطية ، الى الاقسام الثمانية التالية :

١ ـ **المعاوضة المالية** ؛ كالبيع ، والقسمة ، والصلح عن مال بمال ، والاجارة •

٢ ـ **النكاح** ؛ ويصفونه بأنه : معاوضة غير مالية • والافضل أن يعد نوعا مستقلا •

٣ ـ **التبرعات** ؛ أي التمليك بلا عوض كالهبة والصدقة ، والوصية والوقف • ويدخل فيها الابراء عن الدين ، لمعنى التبرع فيه ، وان كان في صورة اسقاط • فهو اسقاط غير محض ، بل فيه معنى التمليك •

٤ ـ **الاطلاقات** ؛ كالوكالة ، والاذن بالتجارة للصغير المميز[1] من قبل وليه ، فان فيهما اطلاق سلطة تصرفية للوكيل والصغير كانا محجورين عنها •

٥ ـ **الولايات** ، كتعيين الحكام والعمال وسائر الموظفين من فروع السلطة الادارية •

٦ ـ **التقييدات** ، كعزل الوكيل والموظف ، وحجر المأذون[2] •

٧ ـ **الالتزامات** ، كالكفالة بأنواعها •

٨ ـ **الاسقاطات المحضة** ؛ كالطلاق ، والاعتاق ، واسقاط الشفعة •

(١ و ٢) ويسمى هذا الصغير عندئذ : **مأذونا** • ويجوز لوليه الآذن حجره بعد الاذن • وسيأتي تفصيل أحكام المأذون وحجره في نظرية الاهلية والولاية (ف/٤٣٧ ـ ٤٤٣) •

٢٥١ ـ وبناء على ذلك يقررون في قابلية هـذه العقود والتصرفات للشروط التفصيل التالي :

١ ـ المعاوضات المالية ، والتبرعات ، والنكاح ، لا تقبل التعليق ولا الاضـافة مطلقا ، بل يجب أن تعقد منجزة • **فاذا علقت عـلى شرط أو** أضيفت الى زمن مستقبل بطلت ، حتى لو وجد الشرط المعلق عليه ، أو جاء الزمن المضاف اليه ، لا ينعقد العقد •

فلو قال الآخر : « اذا ولـدت فرسي هـذه فقد بعتكها بكذا » أو « وهبتكها » ، أو قال لامرأة بحضرة شهود : « تزوجتك اعتبارا من أول الشهر القادم » ، وتم القبول ، لا تصبح الفرس مبيعة أو موهوبة اذا ولدت، ولا المرأة زوجة اذا حل الشهر المضاف اليه •

ولكن يستثنى من ذلك الوصية ، والوقف ، والاجارة ، والاعارة :

أ ـ فالوصية ، والوقف ، يقبلان التعليق على الموت ، والاضافة الى ما بعده تسهيلا لاعمال الخيرات والمبرات ، وتشجيعا عليها •

ب ـ والاجارة ، والاعارة ؛ يقبلان الاضافة الى المستقبل دون التعليق؛ لان معنى الاضـافة موجود في طبيعتهما ، اذ لـو كانت الاجارة والاعارة منجزتين تعتبران في قوة عقود مضافة متجددة مـع آناء الزمن المستقبل ، لورودهما على المنافع المستقبلة المتجددة ، كمـــا سنرى في بحث تصنيف العقود • (الصنف/١١) •

٢ ـ الاطلاقات ، والولايـات ، والتقييدات ، والالتزامـات ، تقبل التعليق **بالشرط الملائم** دون غير الملائم • وتقبل أيضـا التقييد بالشرط ، والاضافة الى المستقبل •

والشرط التعليقي الملائم هو الذي يكون بينه وبين الامر المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه عليه •

فلو قال الانسان لغيره : اذا وصلت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك بيعها ، أو اذا سافر مدينك فأنا كفيله ، صح التعليق ويصبح المخاطب وكيلا ، والقائل كفيلا عند تحقق الشرط المعلق عليه ، من وصول البضاعة، أو سفر المدين •

أما لو قال مثلا : ان هبت الريح ، أو ان نزل المطر ، فأنت وكيلي ، لا يصح التعليق لعدم ملاءمة الشرط •

٣ ــ الاسقاطات المحضة تقبل التعليق بالشرط مطلقا ، ملائما كان أو غير ملائم ، كما تقبل أيضا الاضافة الى المستقبل •

٤ ــ المعاوضة المالية ، كالبيع والاجارة ونحوهما ، **تقبل التقييد بالشرط التقييدي الصحيح** ، ويلزم الوفاء بما أوجبه الشرط من التزامات[1] •

٥ ــ أما فسخ العقود فالظاهر من عبارات الفقهاء أن فسخ كل عقد يعتبر كأصل عقده في قابليته لهذه الشروط من تعليق وتقييد واضافة • فقد صرحوا بأن فسخ البيع والاجارة يقبل من الشروط ما يقبله عقدهما (ر : الدرر ٢/٢٠٢) •

ويظهر لنا أن هذا نظر فقهي عام في فسخ كل عقد ، وليس خاصا بفسخ البيع والاجارة •

---

(١) تقدم بيان **الشرط التقييدي الصحيح** في نظر الاجتهاد الحنفي ، وهو الشرط الذي ورد به الشرع كاشتراط الخيار في البيع ، أو جرى عليه عرف ، أو كان ملائما للعقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ، فان في هذا الشرط استيثاقا بالتزامات العقد ، والعقد يلائمه الاستيثاق (ر : ف/٢١٩) •

وسيأتي في **نظرية العرف** مزيد بسط لتأثير العرف في تصحيح الشروط فلينظر (ف/٥٢٤ ــ ٥٣٠) •

٢٥٢ ـ هذه خلاصة عن تأثير الشروط في أنواع العقود والتصرفات في الاجتهاد الحنفي ، أوجزناها ايجازا لانها لم يبق لها قيمة عملية لدينا ، فان الاحكام القانونية في قانوننا المدني ، وقبله المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني السابق لدينا ، تقتضي صحة التعليق والتقييد والاضافة في جميع التصرفات والعقود .

وهـذا التعميم القانوني موافق لآراء ومذاهب اجتهاديـة في الفقـه الاسلامي ، كما في المذهب الحنبلي ، على ما سبق بيانه (ر : ف/٢٢٠/ وما بعدها)[١]

البحث الثاني

سلطان الارادة العقدية

في الفقه الأجنبي

المطلب الاول

أصل النظرية وتطورها

٢٥٣ ـ ان المبـدأ القانوني الذي استقر أخـيرا في الفقه الاجنبي الحديث بأوروبة حول سلطان الارادة العقدية يتلخص بما يلي :

---

(١) يرجع فيما حررناه من قابلية العقود للشروط في الاجتهاد الحنفي الى رد المحتـار ، والدرر شرح الغرر ، والبحـر الرائق ، وغيرها من كتب المـذهب الحنفي في باب (ما يفسد بالشـرط الفاسد ولا يصـح تعليقه بالشرط) من كتاب البيوع .

ويلحظ الناظر في هذا الباب أن نظرية الفقهاء فيه مضطربة .

« ان السلطان الاصلي في انشاء العقد وفي تحديد التزاماته انما هو لارادة العاقدين ، ولكن في حدود معينة يحددها التشريع وفقا للمصالح الفردية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية » .

وقد ظلت الارادة العقدية في أوروبة شلاءً مغلولة بالشكليات والقيود الضيقة طوال العصور القديمة ، وقرونا عديدة من العصور الوسطى ، حتى بدأت تتحرر شيئا فشيئا ، ويقوم لها سلطان بالتدريج أواخر العصور الوسطى .

ثم كان في العصور الاخيرة لمبدأ سلطان الارادة بكامل نواحيه سيادة في الافكار الاجتماعية والتشريعية ، وخاصة في عصر الثورة الفرنسية الذي كان متأثرا بفلسفة خاصة ثورية على سائر الاوضاع الاجتماعية ، وتفشت فيه نظرية « **العقد الاجتماعي** » الوهمية التي نادى بها « روسو » اذ ذاك ، حتى أصبح العصر مشبعا بروح الحرية الفردية ، واستقلال ارادة الفرد ، واعتبارها مصدر لكل نواحي الحياة الاجتماعية . وكان ذلك هبوبا واندفاعا للخروج من وطأة العصور المظلمة في أوروبة .

فهذه الافكار في الحرية المتطرفة قد تمخضت عن نظرية قانونية في **مبدأ سلطان الارادة** تقوم على أساس الارادة المجردة للشخص هي المصدر الوحيد لكل الحقوق والواجبات : فاليها ترجع ، وبها تحدد وتفسر جميع الالتزامات العقدية وغيرها ، حتى الالتزامات التي مصدرها القانون في شؤون الاسرة والمصالح العامة لأن الفرد يعتبر قد **قبل هذه الالتزامات باختياره** حينما ضوى[1] طوعا الى مجتمع قانوني

---

(١) **يقال ضوى يضوي ضويا** (بضم الضاد في المصدر وكسر الواو وتشديد الياء) وزان « **مضى يمضي مضيا** » اذا انضم الى جماعة أو مكان ملتجئا (ر : القاموس المحيط) .

يفرض علـى أفراده واجبات وتبعات •

ومن فروع ذلك ان ارادة العاقدين المحضـة هي التي توجد العقد دون توقف على شيء آخر ، وهي التي يجب أن تحدد آثاره وأحكامه •

٢٥٤ ـ ثم هوجمت هذه النظرية بردود قوية متينة فنّدتها تفنيدا على أيدي رجال المذهب الاشتراكي ، ورجال مذهب التضامن الاجتماعي ، وغيرهما من المذاهب المناهضـة لمذهب « **الفردية** » المتطرف • فنكص على عقبيه مبـدأ سلطان الارادة التعاقديـة بين رجال المذاهب الاجتماعية والحقوقية ؛ ولا سيما أن نظرية سلطان الارادة المطلق تحول دون تقرير مبدأ مسؤولية الطفل والمجنون ، ومبدأ المسؤولية المادية[٢] ، مما اتجهت القوانين الحديثة الى اعتباره ناحية أساسية في نظام العدالة •

ثم ما لبث سلطان الارادة أن استعاد اعتباره عـلى أسس جديدة •

---

(٢) نظريـة **المسـؤولية الماديـة** Responsabilité objective تجعـل الانسان مسؤولا عن كل ضرر لغيره ينشأ مما في ملكه أو تحت حراسته من الاشياء ، ولو لم يكن عن خطأ منه أو تقصير •

وهي نظرية حديثـة تحدوها عوامل اشتراكية غلا فيهـا أصحابها لحماية العمال من أخطار المعامل الآلية العصرية • وقـد جاءت معاكسـة لنظرية **المسؤولية الشخصية** Respon. subjective التي بنيت عليها المادة /١٣٨٢/ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي ، وهي تشترط لمسؤولية المالك أو الحارس ثبوت الخطأ أو التقصير منه •

والقوانين الحديثة تتجه الى الاخذ بنظرية المسؤولية المادية في نطاق محدود كتشريع العمل ، وبقيود تحفظية •

(ر : كولان وكابيتان ج٢ ف/٢٨٩/ و /٣٧٠/ ، و « الموجز في نظرية الالتزامات » للاستاذ السنهوري / ٣٧٣ ـ ٣٧٥ / ، و « القانون المدني المقارن » للاستاذ محسن شفيق ص / ١٢٤ ـ ١٢٧) •

وهكذا تردد مبدأ سلطان الارادة بين جزر ومد ، وأخذ ورد ، وانتكاس وانتعاش ، حتى استقر أخيرا على تلك النظرية المعتدلة التي رسمناها آنفا في صدر الكلام .

٢٥٥ ـ وكانت المادتان / ١١٣٤ و ١١٣٥ / من القانون المدني الفرنسي متمسكا قانونيا للجميع :

ـ فقد تمسك فريق المتطرفين في مبدأ سلطان الارادة بأولاهما التي تنص على أن العقد هو **قانون** في حق المتعاقدين .

ـ وتمسك الفريق الآخربعد ذلك بالمادة التالية التي تصرح بأن الزام المتعاقدين بما تضمنه عقدهما مقيد بما تقتضيه العدالة والعرف ، وبما يقرره القانون من أحكام ، وفقا لطبيعة الالتزام .

فلا مجال اذن للقول بأن ارادة المتعاقدين وحدها هي التي تنشىء الالتزامات وتحدد آثارها ، بل يجب أن تخضع لحدود يتولى الشارع تعيينها .

٢٥٦ ـ وهذه الحدود والقيود التي يقيد بها التشريع مبدأ سلطان الارادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والعقود ، وموضوعاتها :

أ ـ ففي الحقوق العامة والالتزامات الناشئة عنها لا سلطان لارادة الملتزم أصلا ، بل للقانون وحده .

ب ـ وفي عقد الزواج ونتائجه ينحصر سلطان ارادة العاقدين في أصل العقد ، أي في قبول التعاقد أو رفضه بمحض حريتهما .

أما القيود الشكلية في عقد الزواج ، وكذا آثاره والتزاماته بين

الزوجين ، فيرتبها القانون على وفق ما يقتضيه تنظيم شؤون الاسرة والمصالح الاجتماعية التي مرجع تقديرها الى الشارع •

ج ـ وفي الحقوق العينية يتسع مجال سلطان ارادة العاقدين في آثار العقد • أما تكوينه فيخضع لمراسم شكلية في التسجيل يفرضها القانون، لارتباطها بسياسة التشريع في تنظيم الملكية العقارية ، وفي الضرائب الحكومية عليها ، وغير ذلك من الاعتبارات •

د ـ أما الحقوق الشخصية والالتزامات فهي الميدان الاوسع لمبدأ سلطان الارادة العقدية ضمن حدود **الآداب العامة ، والنظام العام ، والنصوص القانونية الخاصة** عندما تكون آمرة بحكم الزامي • فلا يصح مثلا عقد الاستئجار على ارتكاب جريمة ، أو على فعل ما ينافي الآداب الاجتماعية :

ـ ففي هذا الميدان وهذه الحدود يعقد الانسان ما يشاء من العقود ، ويحدد آثار عقده بارادته المحضة •

ـ وللعاقدين أن يخالفا باتفاقهما ما رتبه القانون **من أحكام العقود المسماة** ، لان الاصل فيها أنها غير الزامية ، وانما يفرضها القانون عند عدم الاتفاق على خلافها الا ما كان من **النصوص الآمرة** التي ينص عليها القانون أو يقوم فيه دليل على عدم جواز اتفاق المتعاقدين على خلافها[1] •

---

(١) مثال ذلك أن القانون المدني الجديد لدينا في بحث ضمان العيب من عقد البيع يجيز للطرفين أن يتفقا على عدم ضمان البائع للعيوب الخفية اذا ظهر منها شيء في المبيع ، فيكون المشتري حينئذ مشتريا على مسؤوليته • فضمان العيب حكم مقرر قانونيا على كل بائع ما لم يتفق الطرفان على خلافه • لكن القانون ينص أيضا على أن الاتفاق على خلافه انما هو جائز ←

ـ وفي نطاق هـذه المجموعة من القيـود والحدود التشريعية يطبق المبدأ القانوني العام القائل : **ان العقد قانون المتعاقدين** ؛ أي ان العقد يلزم عاقديه في كل ما اتفقا عليه ، كما يلزم القانون سائر الناس •

(ر : « نظرية العقد » للاستاذ العلامة السنهوري ، ف/٩٤-١١٣)•

هذه خلاصة موجزة جدا عن مبـدأ سلطان الارادة في التشريـع الاوروبي في مراحله التاريخية ، وما استقر عليـه المبدأ أخيرا في الفقه القانوني والتشريع الوضعي الحديث •

ومما تقدم بيانه يرى أن ما استقر عليه مبدأ سلطان الارادة في نهاية تطوافه في الحقوق الحديثة هـو الاسس التي قام عليهـا اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، والقاضي شريح ، وابن شبرمة ، والاجتهادالحنبلي، وما جرى هذا المجرى من الاجتهادات في الفقه الاسلامي ، مما سلف بيانه في البحث السابق •

المطلب الثاني

الشروط العقديـة في الفقه الأجنبي

تعريف الشرط قانونا ، وتقسيمه ـ الشرط الموقف ، والشرط الفاسخ ـ نقد النظريـة الاجنبية في تقسيم الشروط •

اذا كان البائع **حسن النية** • أما اذا كان البائع **سيىء النية** بأن دلس العيب على المشتري تدليسا (أي كتمه عنه وهـو عالم به) فان اشتراطه عـدم ضمان العيب يكون باطلا ، ويبقى البائع خاضعا للضمان القانوني ، كي لا يتخذ هذا الشرط ذريعة للاحتيال والغش (ر : ق م ٤١٣ و ٤٢١) وانظر أيضا ما تقدم في بحث عيوب الرضى (ف ٤/١٨٧) •

٢٥٧ - تعريف الشرط قانونا :

ان علماء القانون في الفقه الاجنبي لهم في الشروط العقدية تقسيم اخر غير ما أوضحناه في الفقه الاسلامي :

فهم يعرفون الشرط بأنه ربط : **نشوء الالتزام أو زواله** بحادث مستقبل محتمل •

ومعنى كونه محتملا أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل ولا ممتنع • وهذا - كما ترى - هو الشرط التعليقي في اصطلاح الفقه الاسلامي (ر : ف/٢٤٠ - ٢٤٢) •

٢٥٨ - تقسيم الشرط قانونا :

ثم هم يقسمون هذا الشرط الى نوعين أساسيين تتفرع منهما صور فرعية ، وهما :

١ - الشرط **الموقف** : Conditon suspensive وهو الذي يعلق نشوء الالتزام ، ويجعله متوقفا على أمر مستقبل محتمل ؛ مثل قول الموظف: آجرتك داري هذه سنة بكذا ان نقلت وظيفتي الى بلد آخر • فتكون الاجارة بين الطرفين معدومة قبل وقوع شرط النقل •

٢ - والشرط **الفاسخ** : C. résolutoire وهو الذي يرتب على وقوعه زوال الالتزام القائم ؛ مثل : استأجرت دارك على شرط انني اذا نقلت وظيفتي الى بلد آخر انفسخت الاجارة • فتكون الاجارة قائمة بين الطرفين ، ولكنها تفسخ بوقوع النقل •

والفارق الاساسي عندهم بين النوعين في الحكم هو أن الالتزام في

الشرط الموقف معدوم محتمل الوجود ؛ وفي الشـرط الفاسـخ موجود محتمل الزوال •

ويتفرع عن ذلـك تفاصيل مبسوطة في مظانها من الكتب القانونيـة الفرنسية وما نقله عنها علماء القانون المصريون[1] •

(ر : « دالوز Pencis de droit civil » ج٢ف/٤١٥ – ٤٢٦/، و « الموجز » في نظريـة الالتزامات للاسـتاذ العلامـة السنهوري ف/٣٦٦ – ٤٨٠) •

٢٥٩ ـ نقد النظرية الاجنبية في الشروط :

ان شراح نظرية الالتزامات في الفقه الاجنبي لم يميزوا بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط كما ميز فقهاؤنا ذلك التمييز الدقيق المستند الى اختلاف ماهية هذين النوعين من الشروط على ما سبق بيانه ، بل خلط علماء القانون بينهما •

وأما تقسيمهم الشـرط الى نـوعين : **موقف ، وفاسخ** فليس في الحقيقة تقسيما للشرط نفسه الى نوعين ، بل هو تقسيم للامر المشروط : فان كان المربوط بالشرط هو أصل الالتزام سمي الشرط عندهم موقفا ؛

---

(١) ترجم علمـاء القانون المصريون كلمـة : La C. suspensive في القانون الفرنسي بالشرط **الواقف** • وعلى ذلك درج الاصطلاح القضائي في مصر غير اني أرجح هنا أن يقال : شرط « **موقف** » كما يسميه بعضهم « اشتقاقا من (**أوقف**) بزيادة الهمزة ولو أنه خلاف الفصيح لغة في هذه المادة ، اذ الفصيح فيها الثلاثي المجرد (ر : المصباح والقاموس) ؛ وذلك كيلا يشتبه على الطالب اسم « **الشرط الواقف** » باسم « **شرط الواقف** » المستعمل لمعنى آخر بعيد عن هذا الموضوع في أحكام الاوقاف ، وان كان التركيب الاول **وصفيا** والثاني **اضافيا** •

وان كان المربوط به زوال الالتزام سمي الشرط فاسخا . فالشرط في كلا الحالين نوع واحد من قبيل التعليق ؛ ولكن تعليق نشوء الالتزام يقتضي عدم وجود الالتزام بين الطرفين قبل تحقق شرطه المعلق عليه ؛ وتعليق زوال الالتزام يقتضي قيـــام الالتزام واستمراره بينهما الى حين وجـــود ما يفسخه .

وهذا ما أوهمهم انقسام الشرط نفسه الى نوعين مختلفي النتـائج ، بينما اختلاف النتائج ناشيء من اختلاف نوع الامر المشروط : هل هو نشوء الالتزام أو هو زواله ، لا من اختلاف في طبيعة الشرط ونوعيته .

ومما يلحظ عليهم أيضا من حيث الترتيب انهم لا يبحثون عن الشرط في ضمن نظرية العقد من مصادر الالتزام ، بل يبحثون عنه في فصل على حدة كما لو كان الشرط حالة مستقلة من الاحوال العامة للالتزام نفسه ، بينما أن الشرط عنصر عقدي ولا يتصور له وجود الا تبعا لعقد . فمحله الخاص المناسب انما هو في نظرية العقد .



الفصل الرابع

انحلال العقد

٢٦٠ ـ يراد من انحلال العقد زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد • فالانحلال لا يكون الا بعد سبق الانعقاد •

ومن هنا يتجلى الفرق بين انحلال العقد وبطلانه • فان البطلان هو الحالة التي كان للعقد فيها وجود حسي فقط دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشرع ، أي أن العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله ، كمولود يولد ميتا •

أما الانحلال فهو الحالة التي نواجه فيها عقدا منعقدا منتجا لأثاره بين طرفيه ، ولكنه بعد الوجود يزول وينعدم بسبب غير ارادي ، أو بسبب ارادي • فهو كشخص حي تطرأ عليه الوفاة •

فاذا أزيل العقد ازالة بسبب ارادي مما سيأتي بيانه قريبا سمي ذلك : **فسخا** •

واذا زال العقد بسبب طاريء غير ارادي سمي ذلك : **انفساخا** •

٢٦١ ـ اولا ـ الفسخ :

الفسخ هو حل رابطة العقد (الاشباه أول أحكام الفسوخ ج ٢ ص/١٩٥) •

والنظرية العامة فيه تستمد حق الفسخ من فكرة اللزوم :

أ ـ فالعقود اللازمة بحق الطرفين ، كالبيع ، والاجارة ، والصلح ، فسخها كعقدها لا يكون الا باتفاق الطرفين المتعاقدين ، كما سنرى في في تصنيف العقود • وعندئذ يسمى الفسخ اقالة •

وهذه الاقالة لها في النظر الفقهي اعتباران :

ـ فتعتبر بالنسبة الى العاقدين المتقابلين فسخا محضا ينحل به العقد المقال ، ويرجع بالعاقدين الى حالتهما الاولى قبل العقد •

ـ وتعتبر بالنسبة الى غير العاقدين (الشخص الثالث) كعقد جديد ، صيانة لحقوقه المكتسبة من تآمر العاقدين على هدمها بالاقالة •

فالعقار الذي بيع وثبت فيه حق الشفعة للشفيع ، اذا تقايل المتبايعان فيه البيع وأعيد الى ملكية البائع يعتبر ذلك البائع مشتريا جديدا بالاقالة ، فيثبت للشفيع شفعة جديدة •

وكذا المشتري اذا باع المبيع ، ثم تقايل مع المشتري الثاني واسترد المبيع ، فاطلع على عيب قديم فيه ، فليس له الرد على البائع الاول بالعيب ، لان الاقالة كشراء جديد في حق البائع الاول • وان من المقرر في أحكام تدليس العيب ان المبيع بعد خروجه من ملك مشتريه اذ عاد اليه بشراء جديد لا يرده بالعيب القديم على بائعه ، لأن تبدل سبب الملك يعتبر كتبدل عين الشيء المملوك ، فيستلزم تطهير الشيء من الحقوق السابقة • (ر : ف/٦٤٤ والمجلة /٩٨) •

وهذه قاعدة اتفق فيها النظر القانوني الحديث مع الفقه الاسلامي •

وكل عقد يقبل الاقالة سوى عقد الزواج ٠

هـذا ، وان للاقالة شرائط شرعيـة مبسـوطة في بابهـا من كتب الفقه[1] ٠

ب ـ وأما العقود غير اللازمة بحق كـل من الطرفين ، كالشركة والوكالة ، فانها تفسخ بارادة كـل منهما ما لم يتعلق ببقائها حق للغير ، كالوكالة ببيع المرهون على ما تقدم بيانه (ف/٢٠٠) ٠

ج ـ والعقد اللازم بحق طرف دون طرف ، كالرهن ، يفسخ بارادة من ليس لازما بحقه ، وهو الدائن المرتهن ٠

ومثل ذلك يقال في العقود اللازمة في الاصل بحق الطرفين ، اذا طرأ عليها من عيوب الرضى ما يسلخ عنها صفة اللزوم في حق أحدالطرفين، كما في خيار العيب وغيره من الخيارات ، مما سلف بيانه ، فانها تفسخبارادة الطرف الذي شيبت ارادته ، وعيب رضاه[2] ٠ (ر : ف/٢٠٣ ـ ٢٠٦)٠

---

(١) يذكر الفقهاء الاقالة غالبا في باب فرعي من كتاب البيوع باعتبار أن أغلب ما تقع الاقالة في البيع ٠ ولكن المناسب أن يعقد لها كتاب مستقل آخر العقود، لما بينا أنها يمكن أن تقع في كل عقد سوى الزواج ٠

(٢) علماء القانون يميزون في تسمية زوال العقد بين حالتين :

أ ـ حالة أحد عيوب الرضى عند تكوين العقد ٠ وهنا يسمون ازالة العقد بارادة من عيب رضاه : « **ابطالا** » ويصفون العقد في هذه الحالة بانه **قابل للابطال** ٠

ب ـ حالة وجود سبب طارىء يتعلق بتنفيذ العقد لا بتكوينه : وهنا يسمون الازالة « **فسخا** ، **أو انفساخا** » بحسب الاحوال ٠ وهو اصطلاح حسن ٠

د ـ وتصرفات الارادة المنفردة اذا كانت غير لازمة تفسخ بارادة منشئها ؛ كالوصية لجهة خيرية ، فانها تفسخ بارادة الموصي نفسه [1] •

٢٦٢ ـ (ثانيا) ـ الانفساخ :

ينفسخ كل عقد من نفسه اذا استحال تنفيذه : وينفسخ العقد المستمر[2] اذا فقد ما يعتمد عليه بقاؤه :

أ ـ فينفسخ البيع بهلاك المبيع قبل تسليمه لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بعد هلاك محله •

أما موت البائع قبل التسليم فلا ينفسخ به البيع ، بل يصبح الوارث مسؤولا بالتسليم ما دام المبيع قائما في التركة ، لأن العقد الفوري كالبيع ونحوه ، تثبت جميع آثاره جملة واحدة بمجرد انعقاده ، فبقاء العاقد بعد ذلك وموته سواء •

ب ـ وتنفسخ الشركة والمضاربة[3] والمزارعة والمساقاة بموت أحد العاقدين ، لأن هذه العقود تنشيء التزامات عملية ذات آثار متجددة

---

(١) أما اللازمة كالوقوف والطلاق فلا تفسخ فسخا ، وانما تكون خاضعة لقواعد البطلان •

(٢) سنرى في بحث تصنيف العقود (الصنف/ ١١) أن العقد المستمر هو الذي يستغرق تنفيذه مدة ممتدة من الزمن كالاجارة والاعارة ، فان استيفاء المنافع المعقود عليها فيهما يكون تدريجيا ، فيكون العقد المستمر بمثابة عقود متجددة مع الزمن •

ويقابله **العقد الفوري** ، وهو الذي لا يحتاج تنفيذه الى زمن ممتد بشغله باستمرار ، بل يتم تنفيذه دفعة واحدة كالبيع ، والصلح •

(٣) انظر في معنى المضاربة (ف : ٢٨٠) •

فيها انسحاب واستمرار يعتمد بقاؤه بقاء العاقد علاوة على بقاء المحل ٠

والاجارة على الراجح في الاجتهاد الحنفي كذلك تنفسخ بموت أحد العاقدين ٠

وقوانينا اليوم على عدم انفساخ الاجارة بالموت ، وهو الاجتهاد الشافعي؛ والمصلحة اليوم تقتضيه ٠

٢٦٣ - نتيجة انحلال العقد ، والاستناد والاقتصار فيه (١) :

والمبدأ العام في نتائج انحلال العقد فسخا أو انفساخا أنه : **يوجب اعادة العاقدين الى سابق وضعهما قبل التعاقد ٠**

ويقول ابن نجيم في أحكام الفسوخ من كتابه « الاشباه والنظائر » : **ان الفسخ يجعل العقد كانه لم يكن ٠**

---

(١) في الاصلاح القانوني الشائع اليوم في عصرنا يسمى انسحاب الاحكام على الماضي : **أثرا رجعيا** ٠ ويستعمل هذا التعبير في رجعية أحكام القوانين نفسها كما في آثار العقود على السواء ٠ فيقال : **هذا القانون له أثر رجعي ، وذاك ليس له** ، كما يقال : ان بيع ملك الغير بدون اذنه اذا أجازه المالك يكون لاجازته أثر رجعي ، فيعتبر حكم العقد ساريا منذ انعقاده لا منذ اجازته ٠

وليس في لغة القانون اسم لعدم الاثر الرجعي ٠

أما الفقه الاسلامي الغني بلغته واصطلاحاته التي تتجلى فيها عبقرية فقهائه خلال العصور فيسمى عدم رجعية الآثار « **اقتصارا** » ، بمعنى أن الحكم يثبت مقتصرا على الحال لا منسحبا على الماضي ٠ ويسمى رجعية الاثر : « **استنادا** » ، وهو اصطلاح المذهب الحنفي ٠ ويسميه المالكية : **انعطافا** ٠

وقانوننا المدني الجديد قد اقتبس واضعو أصله المصري هذا الاصطلاح من الفقه الاسلامي ، فاستعملوا فيه لفظ **الاستناد** بمعنى الاثر الرجعي ٠

فاذا كان العقد من عقود المعاوضة المالية كبيع أو صلح أو قسمة مثلا وتم تنفيذه ، ثم انحل العقد بأحد الاسباب الآتي بيانها ، وجب التراد أي نقض التنفيذ الواقع ، فعلى البائع اعادة الثمن الى المشتري وعلى المشتري اعادة المبيع الى البائع • ومثل ذلك يقال في بقية العقود •

فاذا لم يمكن نقض التنفيذ مطلقا ، لا كليا ولا جزئيا ، فيما تم تنفيذه من آثار العقد امتنع الفسخ • وان أمكن النقض والتراد عينا في جزء من محل العقد دون آخر جاز الفسخ فيما يمكن فيه النقض والتراد دون ما لا يمكن •

وعلى هذا الاساس تتفرع حالات امتناع الفسخ وجوازه ، وحالات الاستناد والاقتصار فيه :

أ ـ ففي العقود الفورية[1] يشترط الفقهاء قيام محل العقد اذا كان عينا لتمكن اقالته • فاذا كان المحل ـ كالمبيع مثلا في عقد البيع ـ هالكا أو مستهلكا بعد التنفيذ لا تمكن اقالة البيع لعدم امكان التراد •

واذا كان بعضه هالكا جازت الاقالة في الباقي فقط •

---

(١) سنرى في تصنيف العقود (الصنف/١١) أن العقد نوعان : **فوري ، ومستمر** •

ـ **فالعقد الفوري** هو الذي لا يكون الزمن عنصرا في تنفيذه ، بل يمكن تنفيذه دفعة واحدة ، كالبيع والصلح والقسمة •

ـ **والعقد المستمر** ، (ويسمى ايضا : **عقدا زمنيا**) هو الذي يكون الزمن عنصرا اساسيا في تنفيذه كالاجارة والاعارة ، لأن استيفاء المنفعة المعقود عليها لايمكن أن يكون الا تدريجيا آنا فآنا • ولذا يقول الفقهاء : **ان الاجارة والاعارة هما بمثابة عقود متجددة مع الزمن** •

ب ـ وفي العقود الزمنية المستمرة اذا تم تنفيذها تماما لا يمكن فسخها ، كالاجارة بعد استيفاء كامل المنافع وانقضاء مدة الايجار ، فانها حينئذ لا تقبل الاقالة لأن التراد فيها غير ممكن ، ما دام الزمن عنصرا فيها ، والزمن لا يمكن رده •

ج ـ وأما العقود المستمرة قبل تمام تنفيذها ، كالاجارة التي مضى من مدتها قسم وبقي قسم ، فانها تقبل الفسخ بالنسبة الى ما بقي من مدتها دون ما مضى • فان ما مضى يجري على حكم العقد ؛ ويكون للمؤجر حصة الزمن الماضي من الاجرة المتفق عليها •

٢/٢٦٣ ـ يتلخص مما تقدم أن انحلال العقد تكون نتيجته على أحد شكلين :

ـ فتارة يكون مستندا ، أي ذا أثر رجعي منسحب على الماضي ، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات العقد •

ففسخ البيع بعد تنفيذه يوجب التراد في المبيع والثمن •

وكذا انفساخه بهلاك المبيع قبل التسليم يوجب رد الثمن المقبوض لأن الثمن فيه يصبح بلا مقابل •

ـ وتارة يكون الانحلال مقتصرا ليس له انعطاف وأثر رجعي ، وانما يسري حكمه على المستقبل فقط من تاريخ وقوعه • وذلك في العقود الاستمرارية كالشركة والاجارة • فالفسخ أو الانفساخ يقطعان تأثير هذه العقود بالنسبة الى المستقبل • أما ما مضى فيكون على حكم العقد •

وكذا انحلال الوكالة بالعزل لا ينقض تصرفات الوكيل السابقة[1] .

هذا ونرى من المستحسن التمييز في تسمية انحلال العقد بين حالتي الاستناد والاقتصار ، فيسمى الحل والانحلال في حالة الاستناد : **فسخا وانفساخا** وفي حالة الاقتصار : **انهاء وانتهاء** .

٣/٢٦٣ ــ اذا كان العقد ملزما لجانبين كالبيع والاجارة والصلح وسائر عقود المعاوضات ، ونكل احد عاقديه أو تخلف عن تنفيذ التزامه الذي أوجبه عليه العقد ، كما لو امتنع أو تخلف البائع عن تسليم المبيع ، أو تخلف المشتري عن تسليم الثمن في حينه ، فان معظم فقهاء

---

(١) هذا التفصيل الذي رسمناه في استناد أثر الفسخ واقتصاره هو الذي يعلم بالرجوع الى احكام كل عقد ، اذ يتجلى منها : ان بعض العقود يكون لفسخه استناد وانعطاف ، أي اثر رجعي منسحب على الماضي ينقض ما تم من احكامه ؛ وبعضها يكون فسخه مقتصرا .

وقد نقلنا آنفا عن ابن نجيم في أحكام الفسوخ من كتابه « **الاشباه والنظائر** » ان الفسخ « **يجعل العقد كانه لم يكن** » . ونقل تفسير ذلك عن فريق من العلماء بأنه يجعل العقد كانه لم يكن بالنسبة الى المستقبل دون الماضي . فانه لو اعتبر العقد بالفسخ معدوما في الماضي لوجب أن يعتبر فسخه ايضا معدوما . اذ لايتصور فسخ الا لعقد موجود ، فاعتبار عدم العقد في الماضي يستلزم عدم الفسخ الذي لحقه فيعود العقد !!

(ر : « الاشباه وحاشية الحموي » ، ج ٢ ، الفن ٣ ، ص/١٩٥ـ١٩٦ .

ولكن لايخفى أن الفقه انما يبنى على المصالح وما تقتضيه دواعيها من الاعتبارات لا على مثل هذه التوليدات النظرية . وكثيرا ما تفك في بناء أحكامه اللوازم النظرية المجردة استنادا الى ما توجبه مصلحة التطبيق .

وأن هذا الاشكال النظري ، على كل حال ، لا ينافي ما رسمناه من انسحاب حكم الفسخ في بعض العقود على الماضي من جهة متفق عليها ، وهي وجوب الترداد فيما تم تنفيذه من التزامات العقد ، كرد المبيع واسترداد الثمن .

الشريعة الاسلامية في المذهب الحنفي وغيره لا يعطون العاقد غير المتخلف حقا في فسخ العقد ما دام يمكن اجبار المتخلف على تنفيذ التزامه عينا بقوة القضاء لأن مهمة القاضي هي ايصال ذوي الحقوق الى حقوقهم فلا موجب للفسخ •

ولكن المبادىء والنظريات القانونية تعطي في هذا الحال العاقد غير المتخلف حقا في طلب فسخ العقد بطريق القضاء الى جانب حقه في طلب التنفيذ العيني • فهو بالخيار : ان شاء طلب من القاضي اجبار العاقد الآخر على التنفيذ ، وان شاء طلب فسخ العقد والتحلل من التزاماته ، ورد ما نفذه منها مع طلب تعويض الضرر الذي لحقه من جراء ذلك •

وحجة علماء القانون في ذلك أن تنفيذ الالتزامات العقدية تختلف فيه مصالح العاقدين بحسب الوقت فقد تفوت مصلحة العاقد في التنفيذ العيني المتأخر عن وقته ، بسبب تخلف العاقد الآخر أو امتناعه عن التنفيذ في حينه ، فيجب أن يسوغ لرفيقه المتعاقد معه حق التحلل من الرابطة العقدية اذا وجد مصلحته في ذلك • ويتضمن ذلك معنى الجزاء بالنسبة للطرف المتخلف •

ونحن نرى ان النظر القانوني وجيه وأن قواعد الشريعة ومبادئها الفقهية تتسع له وتتقبله ، كما أن بعض المذاهب الاربعة نفسها قد أقره في بعض العقود صراحة ولم ينفه في سواها •

أ ـ فمن حيث القواعد والمبادىء الفقهية يشهد لحق الفسخ الحديث النبوي القائل : « لا ضرر ولا ضرار » (ر : ف/٤٧ب و ٥٨٦) فان تنفيذ العقد في غير حينه المتفق عليه بسبب تخلف أحد عاقديه أو تمرده عن التنفيذ قد يلحق ضررا كبيرا بالعاقد الآخر والضرر منفي

بالنص . والقضاء لا يستطيع اعادة الزمن .

ب ـ وفي المذاهب يصرح فقهاء المذهب الحنبلي في عقد النكاح أن المرأة اذا شرطت على الرجل في عقد الزواج شرطا صحيحا ملزما فلم ينفذه كان لها حق فسخ الزواج .

قال العلامة موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي في باب الشروط في النكاح من كتابه « المقنع » ما نصه :

« الشروط قسمان : شرط صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر او نقد معين أو أن لا يخرجها من دارها أو بلدها ، أو لا يتزوج عليها فهذا صحيح لازم ، أن وفى به ، وإلا فلها الفسخ » .

فأنت ترى ان معظم هذه الشروط يمكن أن يجبر القاضي الزوج على احترامها وتنفيذها ، ومع ذلك اعطيت المرأة حق الفسخ .

واذا صح اعطاؤها لهذا السبب حق الفسخ في النكاح الذي هو أقل العقود قابلية للفسخ ـ ولذا لا تجري فيه الاقالة ـ ففي غير الزواج من العقود المالية المحضة يقبل الفقه هذا الحق بطريق الاولوية .

وجاء أيضا في فصل الخيار السابع من كتاب البيع في « المقنع » لابن قدامة نفسه ما نصه :

« وان كان الثمن دينا اجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن ان كان حاضرا . وان كان ـ أي الثمن ـ غائبا بعيدا ، أو كان المشتري معسرا ، فللبائع الفسخ» الخ ...

وهناك أيضا نصوص في المذهب المالكي يظهر منها للمتتبع ان

اعطاء حق الفسخ لأحد العاقدين عند تخلف العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في حينه ان لم تقبله بعض المذاهب ففي سواها وفي قواعد الشريعة الاسلامية متسع له •

٢٦٤ ـ الفرق بين انحلال العقد وانقضاء الالتزام :

رأينا في أول نظرية العقود أن العقد أحد المصادر المنشئة للالتزام ، وليس هو الالتزام نفسه ، بل الالتزام أثر له (ر : ف/١٣٥) •

ومن ذلك يتضح ان انقضاء الالتزام غير انحلال العقد • والفرق بينهما كالفرق بين زوال المؤثر وانتهاء الاثر • فتقابض المتبايعين في المبيع والثمن هو انقضاء للالتزام بتنفيذ العقد ، وليس هو انحلالا في العقد ، وهكذا •

وايضاحا لذلك نقول :

ان انحلال العقد يجعل المتعاقدين في حل من الرابطة التي كانت بينهما •

فهذا الانحلال يستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل • ففسخ البيع مثلا ينهي التزام المشتري بدفع الثمن كما ينهي التزام البائع بتسليم المبيع • وهكذا كل عقد تنقضي بانحلاله الالتزامات الناشئة عن انعقاده •

بيد أن هذا الانقضاء للالتزامات السابقة المتولدة من العقد قبل انحلاله لايمنع نشوء التزامات جديدة تتولد من الانحلال :

فانفساخ البيع مثلا اذا وقع بعد التقابض في العوضين يوجب وجيبة جديدة هي التراد • فيصبح البائع ملتزما برد الثمن ، والمشتري ملتزما برد المبيع •

وانفساخ الاجارة بعد التقابض في المأجور والاجرة يوجب على المؤجر اعادة الاجرة المسلفة عن المدة الباقية من الاجارة ، كما يوجب على المستأجر اعادة المأجور الى الآجر بعد استعادة باقي الاجرة ؛ لأن بقاء الوضع الحقوقي الناشىء بالعقد بين المتعاقدين قد أصبح بلا سبب شرعي بعد انفساخ العقد • فوجب اعادة العاقدين الى حالهما السابقة قبل التعاقد •

٢٦٥ ـ بناء على ما تقدم بيانه نقول : ان انقضاء الالتزامام يكون بأحد طريقين أساسيين ترجع اليهما جميع صوره ، فهذا الانقضاء يحصل :

ـ اما بتنفيذ الالتزام ، اذ يصل كل ذي حق الى حقه •

ـ واما بسقوط عهدة التنفيذ ، لزوال ما أوجبها ؛ كما في انحلال العقد بالنسبة الى الالتزامات العقدية •

فكل انحلال في العقد تنقضي به التزاماته السابقة ، ولا عكس : أي لا يلزم من انقضاء الالتزام انحلال العقد الذي أنشأه ، اذ قد يكون الانقضاء بتنفيذ الالتزام الذي أوجبه العقد ، لا بسقوط العقد الموجب كما تقدم •

التنفيذ الحقيقي والحكمي :

هذا ، وان التنفيذ الذي ينقضي به الالتزام قد يكون :

ـ اما **تنفيذا حقيقيا** ، كوفاء الدين ، وكتقابض العوضين في عقد المعاوضة من بيع ونحوه •

ـ واما **تنفيذا حكميا** ، أي اعتباريا ؛ وذلك بحصول ما يقوم مقام

التنفيذ شرعا ، كما في التقاص ، واتحاد الذمة .

أ ـ فالتقاص ، أو المقاصة ، (بتشـــديد الصاد فيهما) ، هو أن يثبت للمدين على الدائن نظير ما للدائن عليــه ، فتمتنع المطالبـــة بينهما قضاء لعدم فائدتها ، اذ لو طولب أحدهما حق لــه أن يطالب هو الآخــر بالمثل . فكأنما كل من الدينين قــد قص الآخر أي قطعه (ر : المصــباح المنــير) .

ومن شرائطها أن يكون الدينان من جنس واحد ، ومستحقي الأداء في وقت واحد . فلو كان دين أحدهما دنانير ودين الآخر قمحا مثـلا ، أو كان دين أحدهما حالا ودين الآخر مؤجلا ، فلا تقاص بينهما .

ب ـ وأما اتحاد الذمة فهو اجتماع صفتي مدين ودائن في شخص واحد بدين واحد كما لو مات الدائن وكان المدين هو الوارث له . فان المدين يرث فيما يرثه حق الدائن في ذمته ، فيصبح دائنـا لنفسه ، فينقضي الدين باتحاد الذمة .

والفرق بين اتحاد الذمة والمقاصة أن الدين في حالة اتحاد الذمة هو دين واحد ، وقد اجتمعت صفة المدين والدائن به في شخص واحد . أما في المقاصة فدينان متناظران لشخصين كل منهما دائن ومدين .

الفصل الخامس

تقسيم العقود ، وعرضها ، وتصنيفها

٢٦٦ ــ جرت عادة المؤلفين القانونيين في نظرية العقد أن يبحثوا في تصنيف العقود قبل البحث في الاحكام العامة .

وقد رأينا نحن أن نؤخر بحثنا في تقسيم العقود وتصنيفها الى ختام مباحث الاحكام العامة للعقد ، لكي يكون الطالب قد تزود بالمعلومات الكافية التي تساعده على فهم التقسيم والتصنيف .

الفرع الأول

تقسيم العقود

وعرض اجمالي لموضوعاتها واصطلاحاتها

٢٦٧ ــ العقود المسماة ، وغير المسماة :

العقود أنواع كثيرة يختلف بعضها عن بعض في الاسماء والاحكام باختلاف موضوعاتها .

والعقد ، بعد أن تدعو اليه الحاجة ويشيع ، يضع له الناس أو الشارع أو العلماء اسما يميزه عن سواه .

ومن هنا انقسمت العقود الى زمرتين :

- **العقود المسماة** ، وهي التي أقر التشريع لها أسماء وأحكاما خاصة[1]. ويقال لها أيضا : **عقود معينة** .

- **والعقود غير المسماة** ، وهي التي لم تسم باسم خاص يميزها ، أو لم يرتب لها التشريع أحكاما خاصة بها .

٢٦٨ - فأما العقود المسماة فالمشهور الاساسي منها في كتب الفقه خمسة وعشرون عقدا ، تضمنت مجلة الاحكام العدالية ثمانية عشر عقدا منها . وتختلف المجلة في بعض ترتيبها عن كتب الفقه ، كما تختلف الكتب الفقهية نفسها في ترتيبها .

وهذه العقود المسماة ، مما بحثت فيه المجله أو لم تبحث ، هي :

(١) البيع (٢) الاجارة (٣) الكفالة (٤) الحوالة (٥) الرهن (٦) بيع الوفاء (٧) الايداع (٨) الاعارة (٩) الهبة (١٠) القسمة (١١) الشركة (١٢) المضاربة (١٣) المزارعة (١٤) المساقاة (١٥) الوكالة (١٦) الصلح (١٧) التحكيم (١٨) المخارجة (١٩) القرض (٢٠) العمرى[2] (٢١) الموالاة (٢٢) الاقالة (٢٣) الزواج (٢٤) الوصية (٢٥) الايصاء .

---

(١) ولا يكفي لاعتبار العقد من العقود المسماة أن يكون له اسم اذا لم يقرر له التشريع أحكاما خاصة به .

(٢) - (**العمرى**) بضم فسكون وبالالف المقصورة في آخرها وزان « كبرى ، وصغرى » ، وسيأتي تفسيرها في محله (ف/٢٨٨) .

والذي ورد منهـا في المجلة هو العقود السبعة عشر الأولى وعقـد الاقاله فقط • واهملت المجلة البحث عن المخارجة والقرض اهمالا ، مع أنهما من عقود المعاملات التي تشملها غاية المجلة ؛ أما العقـود الخمسة الباقية فلم تبحث عنها لأنها من الاحوال الشخصية •

وليلاحظ أن بعض هذه العقود يشتمل عـلى عقود كثيرة تعد من تفاريعه وتذكر في بحثه ؛ كالبيع والشركة مثـلا ، فان تحتهما أنواعا عديدة من العقود المختلفة الاسماء تعد فروعا منهما •

وسنعرض فيما يلي هذه العقود المسماة المعروفة في الفقه الاسلامي عرضـــا مقتصرا عـلى التعريف بكل منها ، وبيـان الاسماء الاصطلاحية فيه ، وذكر أهم خصائصه الاساسـية التي تعطي الطالب فكرة اجماليـة عنه ، متبعين في عرضها هذا الترتيب الذي جرت عليه المجلة فيما ذكرتـه منها ــ الا في عقدين اثنين ، بيع الوفاء والاقالـة ، كما سننبه عليـــه ، ومشيرين في جانب كل عقد الى مواد المجلة التي يقع بحثه فيها •

٢٦٣ ــ (١) البيع (المجلة / ١٠١ ــ ٤٠٣) •

عو عقد يقوم على اساس مبادلة المال بالمال ، فيفيـد تبـادل الملكيات على وجه الدوام ، أي بلا توقيت في انتقال الملكيات بهذا التبادل •

وهو رأس عقود المعاوضات المالية ؛ وأحكامه أساس للقياس في كثير من أحكامها •

وقد استهلت به المجلـة العقـود المسماة ، وبحثت عنـه في ثـلاث وثلاثمائة مادة بعد القواعد الكلية مباشرة من المادة ١٠١ الى ٤٠٣ •

وهذا العقد يسمى في الأصل « **بيعا** » و « **شراء** » بالنسبة الى كـل

واحد من طرفيه[1] ٠

لكن عرف الناس والفقهاء على تخصيص لفظي « **البيع ، والبائع** » بجانب باذل السلعة التي تتعلق بها حاجة الإنتفاع والاستعمال ، وتخصيص لفظي « **الشراء ، والشاري** » بجانب باذل العوض المالي الآخر الذي يسمى أيضا : « **مشتريا ومبتاعا** » ٠

والسلعة أو الشيء الذي هو محل البيع يسمى: « **مبيعا** »٠ والعوض المالي الآخر المتفق عليه ويبذله المشتري في مقابل امتلاك المبيع يسمى : « **ثمنا** » (بفتحتين) ٠ وهذا يكون في الغالب من النقود ٠

وتحت عقد البيع أنواع فرعية كثيرة ، كالسلم أو السلف (بفتحتين فيهما) ، وكالمقايضة ، والصرف ، والاستصناع ، وبيوع الامانة (المرابحة ، والتولية ، والوضيعة)[2] ، وبيع الوفاء ٠

فكل هذه العقود يعدونها فروعا خاصة لعقد البيع ، ويذكر كل منها غالبا في فصل خاص ضمن كتاب البيوع تعالج فيه أحكامه ٠

وقد ذكرت المجلة ثلاثة من هذه الانواع الفرعية في آخر كتاب

---

(١) بما ان كلا الطرفين في وضعين متماثلين من حيث المبادلة والمعاوضة ، لذلك كان لفظ البيع معدودا من أسماء الاضداد ؛ وكذا لفظ الشراء ، فيسمى كل من طرفي عقده في اصل اللغة بائعا وشاريا ، فيقاع باع البضاعة ، أو شراها ، اذا عقد على تمليكها او تملكها أو تملكها بعوض ٠ (ر : المصباح المنير) ٠

وفي القرآن العظيم حكاية عن يوسف عليه السلام : « **وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين** » ـ أي باعوه ٠

(٢) انظر ما تقدم عن بيوع الامانة في بحث عيوب الرضى (ف/١٨٧)٠

البيوع ، وهي : بيع السلم ، والاستصناع ، وبيع الوفاء[1] •

غير أننا نرى أن بيع الوفاء يجب أن يعد عقدا مستقلا ولا ينبغي أن يعتبر من فروع البيع ، لأنه عقد مستحدث مزيج من بيع ورهن • فسنفرده بالذكر بعد الرهن لأنه أقرب اليه في خصائصه كما سنرى •

٢٧٠ - (٢) - الاجارة : (المجلة / ٤٠٤ - ٦١١) •

وهي عقد موضوعه المبادلة على منفعة الشيء مدة محدودة ، أي تمليكها بعوض • فهي بيع المنافع •

فالمالك الذي يبيع منافع ملكه يسمى : **مؤجرا** • والطرف الآخر يسمى : **مستاجرا** • والشيء المعقود على منفعته يسمى : **ماجورا** • والبدل الملتزم أداؤه لقاء المنفعة يسمى : **اجرا واجرة** (بفتح الهمزة في الاول وضمها في الثاني) •

وانظر المقارنة بين الاجارة والاعارة فيما سيأتي (ف/٢٨٦) •

٢٧١ - (٣) - الكفالة : (المجلة / ٦١٢ - ٦٧٢) •

ويعرفونها بأنها : « ضم ذمة الى ذمة في المطالبة » •

أي : انها عقد يتضمن التزام شخص بحق واجب على غيره ،

---

(١) ذكرت المجلة أيضا بين هذه الانواع الفرعية « **بيع المريض** » ، وكذلك فعل قانوننا المدني •

لكني ارى ان محله المناسب في مبحث شرائط البيع ، لان النوعية في العقد انما تختلف باختلاف في نوع موضوعه ، أو طريقته لا بنقص أهلية العاقد •

واشرك نفسه معه في المسؤولية به تجاه الطالب .

فالملتزم الجديد : **كفيل** . والملتزم الاصلي : **مكفول** ، او **مكفول عنه** . والطالب الملتزم له : **مكفول له** . والملتزم به أو محل الطلب : **مكفول به** .

وهذه الكفالة أنواع متميزة في بعض الاحكام بحسب اختلاف موضوعها :

أ ـ فقد يكون موضوعها التزاما ماليا ؛ وهذه تسمى : **كفالة بالمال** .

ب ـ وقد يكون موضوعها التزام الكفيل باحضار الشخص المسؤول الأصلي بالحق ؛ وهذه تسمى : **كفالة بالنفس** .

ثم ان الكفالة بالمال ثلاثة أنواع :

١ ـ فقد تكون الزاما بأداء دين في ذمة الغير ، وتسمى : **كفالة بالدين** .

٢ ـ وقد تكون بتسليم عين معينة موجودة في يد الغير ، كرد المغصوب الى الغاصب ، وتسليم المبيع الى المشتري ، وتسمى : **كفالة بالعين ، او كفالة بالتسليم** .

٣ ـ وقد يكون موضوعها ضمانا لخلوص المال المبيع من كل حق لغير البائع ، أي ضمانا لحقوق المشتري تجاه البائع اذا ظهر للمبيع مستحق ، كما لو تبين أن المبيع مملوك لغير البائع أو مرهون .

وهذا النوع الاخير يسمى : **كفالة بالدرك** (بفتحتين) ؛ أي بما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع .

ولما كانت الكفالة تقوم على أساس اشتراك الكفيل وتضامنه مع المكفول عنه في المسؤولية ، لا على أساس نقل هذه المسؤولية من عهدة الاصيل الى الكفيل ، كان للطالب المكفول له أن يطالب بحقه من يشاء من الاصيل أو الكفيل أو كليهما معا •

على أن الكفالة بالنفس فقط ليس لها من نتيجة مالية ، وانما نتيجتها اجبار الكفيل بقوة القضاء على احضار المسؤول الاصيل •

ولكن تعليق المسؤولية بالمال على عدم تنفيذ الكفالة بالنفس يجعلها كفالة بالمال أيضا ، كما لو قال : ان لم أحضر لك المدين في الوقت الفلاني فعلي ما عليه ، فانه يكون كفيلا بالدين الذي عليه ان لم يحضره في الموعد المضروب • (المجلة ٦٤٢ و ٦٥١) •

٢٧٢ ـ ٤ ـ الحوالة : (م/٦٨٣ ـ ٧٠٠) •

وهي عقد موضوعه : نقل المسؤولية بالدين عن المدين الاصلي الى غيره •

فالمدين : **محيل** • والدائن : **محال** • والشخص الثالث الذي التزم الدفع عن المدين : **محال عليه** والدين الذي هو محل الحوالة : **محال به** •

وفي الحوالة ينحصر حق الدائن بمطالبة المحال عليه الذي يصبح هو المكلف باداء الدين المحال به • وبهذا يتجلى في الحوالة نقل المسؤولية بالدين • وبهذا النقل تفترق عن الكفالة التي تقوم على أساس ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل توثيقا ، فيطالب فيها الدائن كلا من الكفيل والاصيل المكفول عنه كما تقدم آنفا •

٢٧٣ - ٥ - الرهن : (المجلة / ٧٠١ - ٧٦١) •

وهو عقد موضوعه احتباس مال لقاء حق يمكن استيفاؤه منه •

فصاحب الحق ، أو الدائن آخذ الرهن ، هو **المرتهن** • ومعطي الرهن ، أي الشخص المدين ، هو : **الراهن** •

وغاية الرهن توثيقية كالكفالة ، لكنه أقوى توثيقا منها ، لأنه يوثق الاستيفاء باحتجاز مال يضعه المدين الراهن تحت يد المرتهن ؛ فيكون للراهن امتياز في استيفاء حقه منه • فلو أفلس المدين وليس له مال سوى المرهون فليس لبقية الغرماء الدائنين مزاحمة المرتهن في المرهون ، بل يكون للدائن المرتهن التقدم عليهم في استيفاء دينه منه • فان زاد شيء من قيمته عن حق المرتهن يدفع اليهم فيقتسمونه بنسبة ديونهم • بخلاف الكفالة ، فانها توثيق ذمة بذمة في المسؤولية ؛ فاذا أفلس كل من المكفول والكفيل لم يبق فيها ضمان مادي للتحصيل •

٢٧٤ - بيع الوفاء : (المجلة / ١١٨ - ١١٩/و/ ٣٩٦ - ٤٠٣)
وهو عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق التراد في العوضين •

فهو عقد مزيج من بيع ورهن : لكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة :

أ - ففيه من معنى البيع أحكام أهمها ان المشتري بالوفاء يملك بمقتضى العقد منافع الشيء المبيع وفاء ، فله أن ينتفع به بنفسه ، وأن يستغله بايجازه للبائع ذاته أو لغيره • بخلاف الرهن فانه يقتضي باحتباس المال المرهون عن كل تصرف ، فلو أوجر برضي المرتهن بطل الرهن ، لزوال الاحتباس الضامن لتوثيق الدين •

ب ـ وفيه من معنى الرهن الاحكام التالية :

١ ـ أن المشتري لا يملك حق استهلاك المبيع ، ولا نقل ملكيته الى أحد بعوض ولا بغير عوض ، ولا أن يرهنه ، ولا أن ينشىء عليه حقا عينيا لاحد ، بل يجب عليه حفظه وصيانته .

٢ ـ أن المشتري ملزم برد المبيع بالوفاء الى البائع متى رد هذا اليه الثمن . وهذا معنى « **الوفاء** » في تسميته ، كما أن للمشتري متى شاء أن يطالب باسترداد الثمن واعادة المبيع كما يطالب كل دائن بدينه .

٣ ـ ان العقار المبيع وفاء لا يؤخذ بالشفعة لانه عرضة للرد الى بائعه .

٤ ـ اذا احتاج المبيع وفاء الى النفقة والترميم فنفقته على بائعه ، لانه باق على ملكه .

٥ ـ ان المبيع في يد المشتري مضمون عليه ضمان الرهن . أي انه اذا هلك في يده يضمن من قيمته بمقدار الثمن المدفوع ، كما يضمن المرتهن من قيمة الرهن الهالك بمقدار مبلغ الدين المرهون فيه فقط . ويجري التقاص بينهما على هذا الاساس :

ـ فاذا كانت قيمة المبيع وفاء مساوية للثمن المدفوع فيه سقطت بهلاكه عهدة رد الثمن عن البائع ، ولا رجوع للمشتري عليه بشيء .

ـ واذا كانت قيمته أقل من الثمن سقط من الثمن قيمة المبيع ، ورجع المشتري على البائع بالباقي .

ـ واذا كانت قيمته اكثر من الثمن المدفوع ، وهذا هو الاغلب

عادة ، كان الزائد أمانة غير مضمونة عـــلى المشتري : فيسقط رد الثمن المقبوض عن عهدة البائع بسبب هلاك ما يقابله من المبيع وفاء عند المشتري، وليس بعد ذلك للبائع أن يلاحق المشتري بالزائد من قيمة المبيع ، الا اذا كان هلاكه بتعدي المشتري عليه أو تقصيره في حفظه •

٦ ــ ان البائع بالوفاء اذا لم يرد الثمن ويسترد مبيعه يحق للمشتري أن يطلب من القاضي بيعــه عليه • فيبيعه القاضي على حســاب البائع ، ويوفي من ثمنه الجديد حق المشتري بالوفاء ، أي ثمنه القديم ، وان زاد منــه شيء فللبائع ، وان نقص ثمنـــه الجديد عن القــديم يكون البــائع بالوفاء مسؤولاء بالباقي •

فيظهر من هذا أن المبيــع والثمن في بيع الوفـــاء لهما حكم المرهون والدين المرهون فيه ، لا حكم المبيع والثمن حقيقة •

وانما احتيج الى هذا العقد ولم يغن الرهن عنه ، لان الرهن لايفيد المرتهن حق الانتفاع به أو ايجاره في مقــابل الدين ، واذا اذن المــدين الراهن للمرتهن بالانتفاع فله أن يرجع عن هذا الاذن شبرعا ، فاستحدثوا بيع الوفاء ليدخلوا به من احكام البيع عـلى أحكام الرهن حق الانتفــاع للمرتهن **بمقتضى العقد** ، لان الناس أمسكوا أموالهم عن اقراضها بــلا منفعة ، فتعورف هذا العقد في صورة شراء وانتفاع ، وفي معنى رهن ، ليكون فيه للناس مندوحة عن الالتجاء الى المراباة •

وقد قدمنا فيما سلف بيان منشئه ، فلينظر (ف/٨٠/ الحاشية) •

وهذا العقد إنما يجري على العقــار ، واختلف اجتهــاد الفقهاء في جريانه على المنقول •

ومن ثم يتضح أن بيع الوفاء يجب أن يعتبر عقــدا مستقلا لا فرعــا

من فروع البيع ، وأن يذكر في ترتيب العقـود المسـماة عقب الرهن ، لان فهمه يتوقف على فهم أحكام البيع وأحكام الرهن معاً[1] .

---

(١) كانت النصوص القانونية المعول عليها لدينا في احكام بيع الوفاء هي المواد / ٩١ ـ ١٠٠ / من قانون الملكية العقارية ذي الرقم /٣٣٣٩/ . وقد نصت المادة /٩٥/ منه على ان منافع العقار المبيع بالوفاء تكون بمقتضى العقد للبائع لا للمشتري ، ويكون المشتري مسؤولا وضامنا لكل ما يستفيده من ثمرات ومنافع المبيع ، فتطرح قيمتها من اصل الدين ، الا اذا اشترط الطرفان خلاف ذلك .

وبذلك لم يبق فرق يذكر بين رهن العقار وبيعه وفاء في احكام هذا القانون فيصبح ذكر بيع الوفاء فيه عبثا وتكرارا محضا لاحكام الرهن فيه باسم جـديد .

وهذا من جهل واضعي القانون بمبنى الفرق بين الرهن وبيع الوفاء ، بحسب منشأ هذا العقد . فان بيع الوفـاء انما استحدث الى جـانب الرهن على اساس أن يستحق المشتري فيه منـافع المبيـع **بمقتضى العقد** ، على خلاف حكم الرهن ، كما أوضحناه .

ولعل خطأ واضعي هذا القانون من هذه الناحية ناشىء عما يوهمه ظاهرة المادة /٣٩٨/ من المجلة ، اذ تقول انه :

« اذا اشـترط في بيـع الوفاء ان يكون قـدر من منافـع المبيع للمشتري صح ذلك » .

فان ظاهرها يوهم ان المشتري لا يستحق منـافع المبيـع وفـاء الا بالشرط .

لكنها يجب ان تفهم بانه اذا اشترط للمشتري بالوفاء جزء فقط من منافع المبيع ينحصر حقه في المشروط ، اما اذا لم يشرط في العقـد شيء فالمنافع كلها للمشتري بمقتضى العقد . وذلك بدلالة المادة /١١٨/ من المجلة نفسها . فقد صرحت هذه المادة أن بيع الوفـاء انما يشـبه البيـع الصحيح ويفترق عن الرهن من جهة ان المشتري وفاء يملك منافع المبيع ، وهو الحكم الذي قرره الفقهاء في بيع الوفاء .

وهذا ما حققه والدي الشيخ احمد الزرقاء رحمه الله تعالى في شرحه المخطوط على القواعد الكلية من المجلة .

٢٧٥ ـ ٧ ـ الايــداع : (المجلة/٧٦٢ ـ ٨٠٣)

وهو عقد موضوعه استعانة الانسان بغيره في حفظ ماله •

فصاحب المال : **مودع** « بكسر الدال » • والعاقد الآخر المؤتمن على المال الذي تعهد بحفظه : **وديع** • والمال المدفوع للحفظ : **وديعة** •

وقد يطلقون « الوديعة » على معنى عقد الايداع نفسه •

ومال الوديعة في يد الوديع يعتبر **امانة** ، والوديع **امين** •

ومعنى كونه أمانة في اصطلاح فقهاء الشريعة أنه لا يكون الامين ضامنا له ، أي انه غير مسؤول بماله عما يصيبه من التلف فما دونه بآفة سماوية • وانما يكون الامين ضامنا للامانة اذا تعدى عليها أو قصر في حفظها حتى تلفت أو تعيبت •

وعقد الايداع يعتبر رأس عقود الامانات ، فانه العقد الوحيد الذي موضوعه ومقصده المباشرة انما هو الائتمان على الحفظ ، بخلاف العقود الاخرى التي يكون المال فيها بيد العاقد أمانة أيضا ، فان لكل عقد منها موضوعا آخر هو مقصدها المباشر غير مجرد الائتمان ، كالاجارة والاعارة والشركة •

←

وتفصيل النظر الفقهي في بيع الوفاء وأحكامه ، علاوة على ما ورد منه في المجلة ، يرى في « الدرر شرح الغرر » ، وفي « رد المحتار » وفي « الفتاوى البزازية » أواخر كتاب البيوع ، وفي الفصل /١٨/ من « جامع الفصولين » وهو أوفاها بحثا •

وأخيرا جاء القانون المدني سنة ١٩٤٩ م ، فمنع بيع الوفاء ، واعتبره باطلا ، استغناء عنه بالرهن (ر : قم/٤٣٣) •

٢٧٦ ـ ٨ ـ الاعــارة : (المجلة/٨٠٤ ـ ٨٣٢) •

وهي عقد يرد على التبرع بمنافع الشيء لاستعماله ورده ، ففيـه تمليك المنفعة مجانا بلا عوض •

فصاحب الشيء : **معير** • وآخذه لاستعماله : **مستعير** • والشيء الذي هو محل العقد : **عارية** (بتشديد الياء) •

وقد يطلقون « العارية » على معنى عقد الاعارة نفسه •

وعقد الاعارة يقابل الاجارة التي تقوم عـلى أساس تمليك المنفعـة بعوض : ففي الاجارة بيع للمنافع ، وفي الاعـارة تبرع بها ، وانما الفارق هو العوض وعدمه •

ومن ثم وجب في الاجارة تحديد مدة الانتفاع ، لان مقـدار المنافع المقابل للاجرة انما يحـدده الزمن بخلاف الاعـارة فانهـا ، وان كان التوقيت ملحوظا فيها لابتنائها على أســاس الرد ، لا يجب تحديد المـدة في عقدها ، بل يصح فيها اطلاق الوقت والسـكوت عنه ، لانهـا تبـرع بالمنفعة يستطيع المعير الرجوع عنه متى شاء ، وليس فيـه التـزام بعوض يحتاج الى تحديد مقابله من المنافع بالوحدات الزمانية •

٢٧٧ ـ ٩ ـ الهبـــة : (المجلة/٨٣٣ ـ ٨٨٠) •

وهي عقد موضوعه تمليك الانسان ماله لغيره مجانا بلا عوض •

فمعطي المـال : **واهب** • وقابله : **موهوب له** • والمـال محل العقـد **موهوب** •

والهبة تقابل البيع من حيث أن كليهما يرد على تمليك الاعيان المالية•

لكن البيع تمليك بعوض ، والهبة تبرع بلا عوض ، كما تقابل الاعارة الاجارة في تمليك المنافع مجانا أو بعوض •

ومن ثم كانت الهبة والاعارة من العقود العينية التي لا تتم الا بالتسليم لانهما تبرع غير ملزم ، وانما يأخذ حكمه بالتنفيذ ، كما تقدم في بحث العقود العينية (ف/١٦٣) •

٢٧٨ ـ ١٠ ـ عقد القسمة • (المجلة / ١١١٤ ـ ١١٩١) •

القسمة هي : افراز الحصص الشائعة في الملك المشترك ،وتخصيص كل منها بجزء معين منه •

وعملية القسمة فيها عنصران :

ـ عنصر افراز من جهة ،

ـ وعنصر مبادلة وبيع ، من جهة أخرى ،

وذلك لان الملك الشائع في الشيء المشترك تعتبر كل ذرة منه مشتركة في الاصل (ر : ف/١١٤) •

فلو كان الشيء مشتركا مناصفة مثلا فقسم نصفين ، يكون كل شريك انما يملك في الواقع نصف النصف الذي عين له فقط ، وباقيه لشريكه الآخر • فيعتبر كل منهما آخذا في قسمه المعين ما يخصه من الاجزاء بطريق الافراز ، وآخذا للباقي بطريق المبادلة على ما يخصه في قسم شريكه •

والقسمة تكون تارة **رضائية** باتفاق الشركاء ؛ وتارة **قضائية** يجريها القضاء بطلب بعض الشركاء جبرا على باقيهم •

فالقسمة التي تعد عقدا من العقود الصريحة ، انما هي القسمة الرضائية .

أما القضائية فليست عقدا صريحا ، بل هي ازالة للشيوع بطريق القضاء ، ولكن يعتبر فيها عقد ضمني مقدر اقتضاء في عمل السلطة القضائية ، كما تقدم في نظرية الملكية (ر : ف / ١٠٥) .

٢٧٩ – ١١ – عقد الشركة : (المجلة / ١٣٢٩ – ١٤٠٣) .

وهو عقد بين شخصين فأكثر على التعاون في عمل اكتسابي ، واقتسام أرباحه .

والشركة في ذاتها قد تكون شركة في ملك مشترك بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالارث مثلا ، وقد تكون شركة عقد بان يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه بالمال أو بالعمل ، ويشتركون في نتائجه .

فشركة الملك هي من قبيل الملك الشائع وليست من العقود ، وان كان سببها قد يكون عقدا ، كما لو اشترى شخصان شيئا ، فانه يكون مشتركا بينهما شركة ملك ، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو اجارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح كما تقدم بيانه في نظرية الملكية (ر : ف/١١٦) .

وأما شركة العقد التي غايتها الاستثمار والاسترباح فهي المقصودة هنا والمعدودة من أصناف العقود المسماة .

٢٨٠ – ١٢ – المضاربة : (المجلة/١٤٠٤ – ١٤٣٠) .

وهي نوع من شركة العقد يتفق فيها على أن يكون رأس المال من

جانب ، والعمل على استثماره من الجانب الآخر ، والربح مشترك .

فصاحب رأس المال يسمى : **رب المال** ، والعامل فيه : **مضارب** .

ويسمى عقد المضاربة أيضا : **قراضا** ، (بكسر القاف) ، يقال : قارضه ، وضاربه ، اذا دفع اليه المال ليعمل فيه ، والربح مشترك بنسبة معينة يتفقان عليها .

لكن شاع لفظ « المضاربة » في اصطلاح فقهاء الحنفية ، ولفظ « القراض » في اصطلاح فقهاء الشافعية .

٢٨١ ـ ١٣ ـ المزارعة : (المجلة / ١٤٣١ ـ ١٤٤٠) .

وهي نوع شركة زراعية على استثمار الارض ، يتعاقد فيها الطرفان على أن تكون الارض من أحدهما والعمل من الآخر ، والمحصول الزراعي مشترك بينهما بنسبة يتفق عليها .

والعامل في الارض بالمزارعة يسمى : **مزارعا** . والطرف الأخر : **رب الارض** .

٢٨٢ ـ ١٤ ـ المساقاة : (المجلة / ١٤٤١ ـ ١٤٤٨) .

وهي أيضا نوع شركة زراعية على استثمار الشجر ، يكون فيها الشجر من طرف ، والعمل في الشجر بتربيته وخدمته وسقيه من الطرف الآخر ، والثمرة الحاصلة مشتركة بنسبة متفق عليها .

فالعامل هو : **المساقي** . والطرف الآخر : **رب الشجر** .

٢٨٣ ـ ١٥ ـ الوكالة : (المجلة / ١٤٤٩ ـ ١٥٣٠) .

وهي عقد تفويض ينيب فيه شخص شخصا آخر عن نفسه في

التصرف • فالمستنيب : **موكل** • والمستناب **وكيل** • : ومحل الوكالة ، وهو الامر المستناب فيه : **موكل به** •

وحقيقة التوكيل من قبيل اطلاق الصلاحية ؛ فان كل انسان في الاصل محجور عن أن يتصرف فيما يعود لغيره ، ولو تصرف كان فضوليا لا ينفذ تصرفه ولا يسري حكمه على صاحب الجق المختص الا اذا أجازه هذا الاخير •

فبالتوكيل يطلق الانسان لغيره سلطة التصرف عن نفسه ويستعين به ، لان الانسان قد يعجز عن أن يقوم بجميع شؤونه وأعماله •

فبهذا الاطلاق والصلاحية المستمدة من الموكل يصبح تصرف الوكيل فيما وكل به نافذا على الموكل ، كما لو باشره الموكل بنفسه •

وهذه نقطة الفرق بين الوكيل والفضولي •

لكن بعد صدور التصرف من الفضولي لو رضيه واجازه صاحب حق التصرف تكون هذه الاجازة اللاحقة كوكالة سابقة (أي يثبت حكمها مستندا باثر رجعي) ، فينفذ عندئذ تصرف الفضولي من تاريخ صدوره كما لو كان وكيلا حين التصرف (ر : ف ١٩٤/٥) •

والوكالة قد تكون عامة في كل أمر يقبل الانابة ، فيقوم فيها الوكيل مقام الاصيل في كل تصرف • وقد تكون خاصة في أوامر أو أمور مخصوصة ، من بيع أو شراء أو نكاح أو طلاق أو خصومة أو صلح أو صرف أو قبض الخ ••• فتقتصر عندئذ صلاحية الوكيل وتتقيد بما حدده له الموكل ؛ فيكون فيما وراءه فضوليا لان سلطته مستمدة من موكله •

٢٨٤ ـ ١٦ ـ **الصلح** : (المجلة / ١٥٣١ ـ ١٥٦٠) •

وهو عقد يتفق فيه المتنازعان في حق على ما يرتفع به النزاع بينهما •

فكل واحد من عاقدي الصلح : **مصالح** • والحق المتنازع فيه : **مصالح عنه** • وما يؤديه أحدهما أو يلتزم به لخصمه قطعا للنزاع : **مصالح عليه** ؛ ويسمى ايضا : **بدل الصلح** •

وعقد الصلح ليس لهموضوع معين يميزه بطبيعة وقابلية خاصة ، لانه يجري في كل نزاع ، غير أنه يتضمن عادة تنازل المدعي عن بعض مطلوبه • فلذا لايقبل من الولي أو الوصي أو المتولي صلح عن حق عائد لصغير أو لقاصر أو لوقف ، على بدل أقل من قيمة هذه الحقوق ، لانه لا يجوز للقائمين على ادارة أموال القاصرين والاوقاف أن يتبرعوا بشيء من أموال هؤلاء أو يتنازلوا عن شيء من حقوقهم ، الا اذا كان الخصم جاحدا ومستعدا لحلف اليمين وليس لدى الوصي أو الولي أو المتولي بينة يثبت بها الحق المتنازع فيه • فتسوغ لهم اذ ذاك مصالحة الخصم ، لان الصلح حينئذ ربح • (ر : المجلة /١٥٣٩ ـ ١٥٤٠)[١] •

ولما لم يكن لعقد الصلح موضوع معين قرر الفقهاء أن الصلح يعتبر بأقرب العقود اليه بحسب الشكل الذي يقع عليه •

فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع • والصلح عن مال بمنفعة يعتبر في حكم الاجارة ، كما لو كان محل النزاع مالا معينا ، فتصالحا على أن يتركه أحدهما للآخر لقاء سكنى داره شهرا مثلا ، والصلح في

---

(١) انظر ما تقدم في كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري (رض) في القضاء ، من قوله : « **الصلح جائز الا صلحا أحل حراما او حرم حلالا** » (ر : ف/١٠ ح) •

دعوى الدين على أن يأخذ المدعي جانبا منه فقط ويتـرك دعواه ، يعتبـر أخذا لبعض الحق وابراء عن الحق الباقي •

وثمرة ذلك أن تجري في الصلح أحكام العقد الذي اعتبر به من بيع أو اجارة أو غيرهما (ر : المجلة/١٥٤٨ ـ ١٥٦٠) •

٢٨٥ ـ ١٧ ـ التحكيم : (المجلة / ١٨٤١ ـ ١٨٥١) •

وهو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهمـا شخصا آخـر حاكما بينهما لفصل خصومتهما • وقد يكون بين أكثر من طرفين •

فكل من الطرفين المتنازعين : **محتكم** • والشخص الذي اختـارا تحكيمـه : **حكم** « بفتحتين » ، أو **محكم** « بتشديد الكاف المفتوحة »•

ويفترق المحكم عن القاضي الرسمي بامور هامـة منها أن سـلطة القاضي وصلاحيته عامة على سائر الناس في منطقة قضـائه • أما سـلطة المحكم فمقصورة على المحتكمين اليه ، لانـه في الاصـل ليس منصـوبا للقضاء من مرجع له سلطة الالزام العام ، وانما جعل حاكما بارادة من اختاروه ، فلا ينفذ حكمه الا في حقهم وفي الحدود التـي قيـدوه بهـا « المجلة/١٨٤٢ » •

وقـد قدمنا أن التحكيم عقـد غير لازم قبل صـدور الحكم ، فلكل من المحتكمين فسـخ التحكيم وعزل المحكم ، ما لم يصـدر حكمه • (ر : ف/٢٠٠) •

٢٨٦ ـ ١٨ ـ المخارجة او التخارج :

وهي عقد يبيع فيه احد الورثة حصتـه من تركة مورثـة المتـوفى فيخرج منها ويحل محله مشتريها •

يقال : تخارج الورثة اذا خارج بعضهم بعضا • فدافع المال الذي سيحل في المخارجه محل الوارث في حقه الارثي هو **مخارج** : (بصيغة الفاعل) • والوارث الذي أخذ البدل وخرج من التركة : **مخارج** : (بصيغة المفعول) •

فاذا كان بدل المخارجة مدفوعا من التركة نفسها استحق الورثة المخارجون نصيب المخارج بنسبة سهامهم في التركة •

واذا كان البدل مدفوعا من أموالهم الاخرى الخاصة يكون نصيبه الارثي بينهم بنسبة ما دفع كل منهم•

وقد تجري المخارجة بين وارث واجنبي عن التركة ، فتكون بمنزلة بيع الوارث حصته الارثية لذلك الاجنبي ، فيحل هذا الاخير محله في نصيبه الارثي بين بقية الورثة •

والمجلة لم تبحث عن المخارجة مع انها عقد مدني محض وان كان متعلقا بحق ارثي من حقوق الاحوال الشخصية الخارجة عن موضوع المجلة •

والفقهاء يفردونها بفصل خاص من كتاب الصلح ، لانها في الغالب تقع صلحا بين ورثة متنازعين • ولكن الاليق بها كتاب البيع ، لان حقيقتها بيع ، وكثيرا ما تجري بين الورثة دون ان يسبقها نزاع بينهم • (ر : رد المحتار ٤/٤٨١ ـ ٤٨٣) •

٢٨٧ ـ ١٩ ـ القرض :

وهو عقد موضوعه أن يأخذ أحد المتعاقدين من الآخر مالا مثليا استهلاكيا كالنقود ، والزيت ، والقمح ، على أن يرد اليه مثله

فيما بعد[1] •

فدافع المال : **مقرض** (بضم فسكون) والآخذ : **مستقرض ومقترض** ؛ والمال المدفوع : **قرض (بفتح فسكون)** ، **ومقرَض** (بصيغة المفعول) •

والقرض فيه معنى عقدين اثنين :

ـ معنى الاعارة ابتداء ، لان فيه تبرعا باعطاء مال على أساس رده الى معطيه •

ـ ومعنى المعاوضة والبيع ؛ لان المال لا يؤخذ فيه على أساس استعماله والاحتفاظ بعينه واعادته بذاته ، كما في العارية ، وانما يؤخذ على سبيل استهلاكه في حاجة المقترض ، ثم تأدية عوض عنه من مثله الى المقرض • فمتى قبضه يملكه ويصبح العوض المقابل دينا عليه ثابتا في ذمته •

ففي القرض من هذه الجهة مبادلة ومعاوضة ، وهو معنى البيع •

ولذلك لو استغنى المقترض عما اقترضه قبل استهلاكه ، لا يكون ملزما باعادته عينا ولو أنه قائم في يده ، بل له أن يمسكه لديه ويرد مثله •

---

(١) يقال في اللغة : **استقرض** فلان من فلان ، اذا طلب قرضا ؛ **واقترض** اذا أخذ قرضا ، **واقرض** فلان فلانا اذا اعطاه قرضا • **ولايقال** بهذا المعنى : **قرضه قرضا** ، من الفعل الثلاثي المجرد بل : **اقرضه اقراضا** ، بزيادة الهمزة ، وانما يستعمل الفعل الثلاثي المجرد بمعنى القطع ، فيقال : **قرضت** الثوب ونحوه ، اذا قطعته **بالمقراضين** ، وهما المقص (ر : المصباح المنير ، والقاموس المحيط) •

وعن هذا كان القبض في القرض قبض ضمان لا قبض حفظ وأمانة• فبمجرد تسلم المقترض المال بيده مباشرة أو بيد وكيله بالقبض أو رسوله يصبح المال المقبوض مضمونا على المقترض ، أي ان كل آفة تصيب هذا المال بعد ذلك ، من هلاك فما دونه ، انما تكون على مسؤوليته وحسابه كمسؤولية المشتري بعد تسلمه المبيع •

ومن ثم يفترق القرض عن العارية التي تبقى على ملك صاحبها المعير أمانة في يد المستعير لا يضمنها الا بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها[1] •

هذا ، وان المجلة لم تبحث عن عقد القرض ، وقد كان عليها أن لا تهمله كما سلفت الاشارة اليه • وبعض الفقهاء يذكرونه في فصل فرعي من كتاب البيوع •

(ر : فصل القرض في الدر المختار ورد المحتار ٤/١٧١ – ١٧٦) •

٢٨٨ – ٢٠ – العمري [2] :

وهي نوع من الهبة معتاد عند العرب ، بان يقول الشخص لآخر :

---

(١) في الفقه الافرنسي يعتبر القرض نوعا من العارية ، فيجعلون العارية نوعين :

– عارية الاستعمال (Prét à usage) ، وهي العارية المعروفة لدينا • في فقهنا الاسلامي •

وفوارق الاحكام بين النوعين في القانون الفرنسي مماثلة لما بيناه مما قرره فقهاؤنا •

– وعارية الاستهلاك (Prét de consommation) وهي القرض (ر : والود ، « Précis de droit civil » ج ٣ ف/٧٣١) •

(٢) بضم العين المهملة وبالالف المقصورة ، بوزان (صغرى وكبرى) •

أعمرتك هذا الشيء أو هذه الدار ، أو هي لك عمري (أي على سبيل العمرى) • ومعناه أنها للمقول له مدى عمره ، فان مات عادت الى القائل •

ويسمى القائل : **معمرا** (بضم فسكون ، وبكسر الميم على صيغة الفاعل) • والمقول له : **معمرا له** (على صيغة المفعول) •

وقد اعتبر النبي عليه السلام فكرة الاسترداد بعد وفاة المعمر له باطلة ، فاثبت في العمرى ملك العين الدائم للمعمر له ، ثم من بعده لورثته كما تقدمت الاشارة اليه • (ر : ف /١٢١) •

٢٨٩ ـ ٢١ ـ عقد الموالاة :

وهي عقد بين شخصين أحدهما ليس له وارث نسبي ، فيقول للآخر : أنت مولاي ، أو أنت وليي ، ترثني اذا مت ، وتعقل عني اذا جنيت •

ومعنى « **تعقل عني** » : تدفع عني الدية الشرعية اذا وقع مني جناية خطأ من قتل فما دونه •

فبهذا التعاقد يثبت هذا الولاء بين المتعاقدين : فيلتزم القابل بالوجيبة المالية لجناية الخطأ اذا وقعت من القائل ، كما يستحق تركته كلها ارثا بمقتضى هذا العقد ان مات ، الا اذا كان له زوج ، فيستحق القابل باقي التركة بعد ميراث أحد الزوجين ، بحسب كون القائل رجلا أو امرأة • ويشترط في ذلك بعض شرائط مبينة في محلها من كتاب الفرائض وكتاب الولاء في المؤلفات الفقهية • وهذا القابل الذي يرث في مقابل تعهده بضمان جناية الخطأ يسمى : **مولى الموالاة** •

ملاحظة هـامة

مقارنة بين عقد الموالاة وعقد التامين اليوم (السوكرة) :

٢٨٩/٢ ـ ان عقد الموالاة ، كما يبدو للمتأمل ؛ يصلح أساسا قويا ومستندا قياسيا لصحة عقد التأمين (السوكرة) الشائع اليوم في المعاملات التجارية ، والذي موضوعه وغايته التعويض عن الاضرار التي تلحق البضائع والاشياء (باسباب لا يد للمتضرر صاحب هذه الاشياء في احداثها) بأن تدفع الشركة المؤمن لديها تعويضا يتفق عليه عن الاضرار المعينة النوع في العقد اذا وقعت ، في مقابل أن يدفع صاحب المال الى شركة التأمين مبلغا ضئيلا •

واليوم يتردد علماء الشريعة ومفتوها كثيرا في صحة هذا العقد ، أو يعلنون تحريمه •

والذي أرى أنه عقد جائز لامانع منه في اصول الشريعة الاسلامية وفيه ترميم للاضرار وتعاون على احتمالها ، بدلا من أن تنزل في رأس المصاب وحده • ولاسيما أن تجارة الاستيراد اليوم ، بهذه المواصلات السريعة ربطت أطراف العالم بعضها ببعض ، وكثرت أخطارها بقدر ما زادت سرعتها ، فلا يمكن أن يطمئن التاجر فيها على كيانه المالي دون هذا التأمين ضد أخطار النقل والحريق ونحو ذلك •

وقد نص فقهاؤنا على صحة ضمان خطر الطريق في صور معينة ، كما لو قال شخص لآخر : « اسلك هذا الطريق فانه آمن ، وان أصابك شيء فانا ضامن » • فاذا سلكه فاصيب يضمن القائل • (ر : رد المحتار كتاب الكفالة) •

ونحن تجاه عقد التأمين لا يجب أن نجد لجوازه نصا صريحا عليه

في أصول الشريعة وفقهها ، لانه عقد حديث ، بل يكفي أن نجد دلائل قياسية تؤيده • وفيما بيناه كفاية ؛ وان كان المرحوم ابن عابدين بحث في هذا العقد في حاشيته رد المحتار ونظر اليه من زاوية اخرى انتهى منها الى عدم جوازه (ر : رد المحتار باب المستأمن من كتاب الجهاد) •

٢٩٠ - ٢٢ - الاقالة : (المجلة/ ١٩٠ - ١٩٦)

الاقالة لغة بمعنى الرفع •

وهي في اصطلاح الفقهاء : عقد يتفق فيه طرفان على رفع عقد سابق بينهما ، أي على فسخه والغاء حكمه وآثاره •

فالطرفان : **متقايلان** • وكل منهما : **مقيل** ، أو : **مقال** : بصيغة الفاعل أو المفعول نظرا الى فعله أو الى فعل رفيقه • والعقد المفسوخ بالاقالة عقد **مقال** أيضا •

ومجال الاقالة انما هو العقود اللازمة سوى عقد النكاح •

فالعقد غير اللازم • كالوكالة والاعارة ، يفسخ بارادة أحد العاقدين المنفردة دون حاجة الى اتفاق ، كما تقدم (ف / ٢٦١) •

وعقد الزواج بعد انعقاده صحيحا لا تجري فيه الاقالة والالغاء ، ولكنه يقبل الانهاء بطرق اخرى كما سنرى في تصنيف والعقود (ر : ف/٣٠١) •

فتلك العقود اللازمة ، اذا لم يطرأ عليها ما يسلخ عنها صفة اللزوم ويجعل لاحد الطرفين خيارا فيها ، لا يمكن رفعها والغاؤها بعد انعقادها الا بالطريقة التي عقدت بها ، وهي اتفاق الارادتين ، لان هذا الالغاء سيوجب انتقاضا في الملكيات أو الحقوق الثابتة بالعقد السابق المراد

فسخه بعد استقرارها ، فلابد فيـــه من الاتفاق بســائر مقوماته العقديـة وشرائطه من لفظ أو ما يقوم مقامـه ، ومن وحـدة المجلس ، وقيـــام المحل الشرعي •

فلا تصح اقالة البيع مثلا بعد هلاك المبيع في يد المشتري ، اذ لا مجال لاعادة نقل الملكية بعد فوات المحل •

وكذا لاتصح اقالـــة الابراء عن الدين ، لان الابراء يسقط الـدين من الذمة ، ومن القواعد أن **الساقط لا يعود** ، لانه معـــدوم (ر : المجلة / ٥١) ، فبزوال الدين لا يبقى محل يقع عليه عقـــد الاقالة • (ر : رد المحتار ٤/١٤٦ و ١٥١) •

والفقهاء انما يذكرون الاقالة في كتاب البيع على انها عقـــد متفرع عنه ، لأنها اكثر ما تقع في عقد البيع ، ولأنها عندما يفسخ بها عقد البيـــع السابق تعتبر عندئذ بالنسبة الى الشخص الثالث كبيع جديد ، كما تقدم في بحث انحلال العقد (ر : ف/٢٦١)[1] •

وهكذا أيضا فعلت المجلة ، فجعلت الاقالة فرعا من مباحث كتاب البيوع وعرفتهـــا ـ تبعا لأكثر الفقهـــاء ـ بأنها : رفـع لعقـــد البيع (المجلة /١٦٣) وهذا كما ترى تعريف لاقالة البيع ، لا للاقالة بوجه عام•

ولكن المناسب أن تعتبر عقـدا مسـتقلا تختم به عقـود المعـاملات لأن الاقالة لا تختص بالبيع ، بل تجري في جميع العقود اللازمـة سوى الزواج •

---

(١) وتقدم هناك ان هـذا الاعتبار المزدوج في الاقالة (أي كونهـا فسخا بالنسبة للعاقدين ، وبيعا جديدا بالنسبة الى الشخص الثالث) انما هو لصيانة حقوق الغير التي نشأت بالعقد السابق المقال •

والتحقيق في تعريفها بوجه عام انها « **عقد يرفع به عقد سابق** ».

(ر : باب الاقالة من كتاب البيوع في « الجوهرة » وفي رد المحتار) .

فكما يرفع بالاقالة عقد البيع يرفع أيضا عقد الاجارة والكفالة والصلح والمخارجة الخ ... فيعود بها العاقدان الى حالهما وحقوقهما قبل العقد المقال .

حتى ان الاقالة نفسها تقبل الاقالة ، فباقالة الاقالة يستعاد اعتبار العقد المقال بين المتقايلين ، ويرجع ارتباطهما بأحكامه وآثاره كأنه لم يفسخ (ر : الدر المختار وحاشيته ٤/١٥٠) .

٢٩١ - (٢٣) - الزواج ، أو النكاح :

وهو عقد بين رجل وامرأة غايته استحلال المتعة الجنسية بينهما بغية التناسل وتأسيس الاسرة بالطريق المشروع والتعاون في حياة مشتركة .

فكل من الرجل والمرأة بعد العقد يسمى : زوجا للآخر ، وقد يقال للمرأة زوجة ، بعلامة التأنيث ، على خلاف الافصح لغة .

وعقد الزواج لا بد فيه شرعا من مهر (بفتح فسكون) ، وهو مقدار من المال يلتزم به الرجل للمرأة ويسمى أيضا : « صداقا » (بفتح الصاد المهملة) .

واختلفت الاجتهادات في الحد الادنى للمهر ، والاجتهاد الحنفي على أنه لا يقل عن عشرة دراهم من الفضة أو ما يعادل قيمتها .

ويشترط لصحته الاشهاد على عقده بغية اعلانه لازالة الريبة من

اجتماع الرجل بالمرأة في حياة مشتركة ، كما تقدم في مناسبته (ف ٢/١٣٦) .

والزواج ، علاوة على ما يثبت به من حل الاستمتاع بين الزوجين ، ينشيء حقوقا ووجائب متقابلة بينهما من مالية وأسرية ؛ منها نفقة الزوجة على الزوج بحدود وشرائط معينة ، ووجوب متابعتها له وطاعتها اياه في غير اثم ومعصية شرعية ، وارث أحد الزوجين من الآخر .

وينحل الزواج وينتهي بالطلاق ، وبوفاة أحد الزوجين ، وببعض أسباب أخرى .

وبانحلال الزوجية بأحد أسبابه تجب على المرأة عدة ، وهي تربص مدة معينة من الزمن لا يجوز لها خلالها أن تتزوج ، وذلك لمقاصد شرعية أهمها أن يعرف فراغ رحمها من الزوج السابق منعا لاختلاط الانساب واشتباهها .

٢٩٢ - (٢٤) - عقد الوصية :

الوصية هي أن يوجب انسان في حياته تبرعا من ماله لغيره بعد وفاته .

فالموجب صاحب المال : **موص** . والطرف الآخر : **موصى له** . والمالك المخصص لذلك : **موصى به أو وصيته** .

فالوصية تبرع من الانسان في حياته مضاف حكمه الى ما بعد مماته ، وهو الوقت الذي تتعلق فيه حقوق الورثة بالتركة .

فالشرع الاسلامي قد أطلق للانسان هذا الحق في حدود ثلث ماله تشجيعا على عمل الخير في سبيل البر بجزء من ماله ، وحفظا لحقوق الورثة في الباقي .

فاذا تجاوزت الوصية قدر الثلث نفذت في الثلث ، وتوقفت الزيادة فقط على اجازة الورثـــة : فان أجازوها نفـــذت ؛ والا بطلت وضمت الى ميراثهم •

فالوصيــة اذا كانت لشخص معــين كانت عقـــدا مملكا ذا طرفــين كالهبة • ولكن ، لكونــه تمليكا مضـــافا الى ما بعـــد المـــوت ، يكون القبول أو الرد فيه مؤخرا اعتبــاره الى ذاك الحين • فلو رد الموصى لــه الوصية بعد مــوت الموصي بطلت الوصيـــة وبقيت في تركـــة الموصي لورثته •

لكن يغني عن القبول فيها عــدم الرد كما تقـــدم في مناسبته ، حتى او مات الموصى له بعد موت الموصي دون أن يعرف منــه قبــول أو رد كانت ملكا لورثة الموصى له (ر : ف/١٧١) •

أما اذا لم تكن الوصية لشخص معين ، بل كانت لمصلحة جهة من الجهات العامة كالمعابد والمدارس والجهاد والفقراء ، فانها عندئذ لا تعد من العقود ذات الطرفين ، بل من تصرفـات الارادة المنفـردة ، فتكــون نافذة بمجرد وفاة الموصي مصرا عليها ، ولا يتأتى فيها قبول أو رد •

٢٩٣ ـ (٢٥) ـ عقد الايصاء أو (الوصاية) :

وهي عقد يوجب به الانسان في حياته نيابة عنه بعد وفاته لشخص آخر في تنفيذ وصية المتوفى ، وادارة حقوق أولاده القاصرين • يقال : أوصى فلان الى فلان ، اذا عهد اليه بالوصاية •

فالموجب : **موص** • والشخص المعهود اليه بالوصاية ، رجلا كان أو امرأة : **وصي** (بتشديد الياء) •

وللوصي قبول الوصاية وردها بد وفاة الموصي أيضا كما في عقد الوصية المالية ، لكن ممارسته لأعمال الوصاية تقوم مقام القبول •

ومتى قبل أصبح نائبا شرعيا ، فيكون هو صاحب الصلاحيـة في تنفيذ الوصية المالية • وادارة أموال القاصرين ، وحفظها ، والانفاق الضروري عليهم ، حتى يبلغوا رشدهم •

وليس له أن يعزل نفسه عن الوصاية متى قبلها بعد وفاة الموصي ، ولا للقاضي أن يعزله اذا كان كفيا أمينا ، لأنه منصوب بارادة الميت لا بارادة القاضي (ر : الدر المختار أول باب الوصي) • ولكنه اذا كان عاجزا ، أو خان في عمله المؤتمن عليه أو قصر ، يعزله القاضي عـزلا ، ويضمنـه ما خان فيه أو قصر من حقوق القاصرين أو الوصية •

وهذا الوصي الذي اختاره المتوفى في حياته يسمى : **الوصي المختار** ، وهو الذي يكون العهد اليه من الموصي عقداً كما بيناه •

فاذا لم يعهد الانسان في حياته بوصـاية ألى أحد ، وترك وصيـة ، ماليـة أو أولادا ، ينصب القاضي بمقتضى صلاحيته العامة وصـيا لتنفيـذ الوصية المالية ، وادارة أمـوال الاولاد • فيسمى عندئـذ **وصي القاضي** ويكون نصبه هذا من أعمال القضاء الادارية ، لا عقدا بالمعنى الاصطلاحي في هذا المقام •

ويفترق الوصي المختـار عن وصي القاضي بأحكام تتسع فيهـا صلاحية الأول عن الثاني •

ولادارة أموال الايتـام نظام خاص في بلادنا منـذ العهد العثمـاني قيدت به صلاحيـات الاوصياء ، وألزموه فيه بطرائق قانونيـة تحت اشراف مجلس يسمى : **مجلس الايتام** مرتبط بالمحكمة الشرعية ، وذلك

حفظا لحقوق الايتام من التلاعب • ثم صدر لدينا قانون الاحوال الشخصية سنة /١٩٥٣/ م / فنظم هذه الاحكام من جديد •

وترى في كتاب (الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية) للمرحوم قدري باشا المصري أحكام الوصاية وصلاحيات الاوصياء ومسؤولياتهم مفصلة في المواد / ٤٣٥ ــ ٤٨١ / منه ؛ وأحكام الوصية في المواد / ٥٣٠ ــ ٥٥٨ / ؛ وأحكام الزواج وما يتفرع عنه من طلاق ونسب ونفقة وولاية وغيرها في المواد (١ ــ ٤٣٤) •

وكذا في المواد / ١٧٦ ــ ١٩٩ / من قانون الاحوال الشخصية السوري كما ترى في أبوابها الخاصة من سائر الكتب الفقهية الاخرى •

هذه صورة خاطفة تصور للطالب حقيقة كل عقد وموضوعه ومميزاته •

وهذه الخلاصات ، اذا كانت بالنسبة الى العلماء الحقوقيين تعد من البديهيات ، فانها بالنسبة الى طالب الحقوق في بدء دراسته تعد ضرورية نظرا للغاية التعليمية التي يهدف اليها هذا الكتاب • فهذه العقود ستمر اسماؤها أمام الطالب في شتى المناسبات والامثلة قبل أن يصل الى أبوابها الخاصة ، فيجب تزويده بفكرة اجمالية ومعلومات أساسية عن كل منها •

الفرع الثاني

تصنيف العقود

٢٩٤ ــ ان العقود بوجه عام يختلف بعضها عن بعض في الاساس

الذي تقوم عليه ، والموضوع الذي تهدف اليه ، والخصائص التي تمتاز بها ، والصفات والاحكام التي تعتريها ، وغير ذلك من الاعتبارات الشرعية •

وقد تشترك كل طائفة وزمرة منها في ناحية تجمعها من بعض الوجوه والاعتبارات ، وان كانت بينها مباينات وفوارق من نواح ووجوه أخرى •

فالايداع والاعارة والاجارة والشركة مثلا تشترك في أنها من عقود الامانات : بمعنى أن محلها وهو المال الذي يرد عليه العقد والتنفيذ يعتبر في يد الوديع أو المستعير أو المستأجر أو الشريك أمانة لا يكون مسؤولا عما يصيبها من تلف فما دونه بغير تعديه عليها أو تقصيره في حفظها • أما البيع والقسمة والصلح والقرض مثلا فتعتبر من عقود الضمانات ، فبمجرد تنفيذها بالتسليم يصبح المال الذي نفذت فيه مضمونا على العاقد القابض له • فما يصيب ذلك المال من تلف فما دونه ولو بآفة سماوية يكون على مسؤولية العاقد القابض وحسابه •

وفي الوقت نفسه نجد أن هذين الصنفين المختلفين في ناحية الضمان قد تجمع بين أفراد منهما معا جامعة من ناحية أخرى •

فالايداع والاعارة والقرض هي من العقود العينية التي لا تتم الا بالتنفيذ والتسليم كما تقدم ؛ بينما البيع والقسمة والصلح والاجارة والشركة ليست عقودا عينية ، بل تتم وتثبت أحكامها دون توقف على تنفيذ ، فيملك المشتري المبيع والمستأجر المنفعة بمجرد الايجاب والقبول •

فمن ثم وجب تصنيف العقود الى أصناف بمختلف الاعتبارات

التي يميز بها بين صنف وصنف ، مما يكون التمييز فيه أساسا لنتائج وأحكام شرعية مختلفة ، أو أساسا لترتيب هذه العقود على وجه يحقق التناسب والتناسق بينها تنظيماً لدراستها ومعالجة أحكامها .

فالعقود تصنف الى أصناف مختلفة باعتبارات عديدة ، كما يلي :

٢٩٥ - (اولا) - بالنظر الى التسمية وعدمها :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين :

أ - عقود **مسماة** ، وهي التي أقر التشريع لها اسما يدل على موضوعها الخاص وأحكاما أصلية تترتب على انعقادها ، كالبيع والهبة والاجارة والشركة وغيرها مما تقدم بيانه في الفرع السابق .

ب - وعقود **غير مسماة** ، وهي التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها ، ولم يرتب التشريع لها أحكاما تخصها .

والعقود غير المسماة كثيرة لا تنحصر لانها تتنوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة ، ويجمعها اسم « **العقد** » أو « **الاتفاق** » .

وقد نشأت في الفقه الاسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة ، وسماها الفقهاء باسماء خاصة وقرروا لها أحكاما فأصبحت عقودا مسماة ، كبيع الوفاء ، وكعقد « الاجارتين » و « التحكير » في الاموال الموقوفة[1] ؛ وكبيع « الاستجرار » الذي يعتبر فرعا

---

(١) **عقد الاجارتين** : هو ان يتفق متولي الوقف مع شخص على ان يدفع مبلغا يكفي لتعمير عقار الوقف **المبني المتوهن** عند عجز الوقف عن ←

من البيـــع وهو من قبيل ما يسمى اليـــوم باسم « الحســـاب الجاري » (ر : رد المحتار ٤/١٢) ٠

وقد تبقى بعض العقود زمنا بلا أسماء الى أن يصطلح لها على اسم ٠

فمن ذلك في القديم بيع الوفاء الذي يتردد اعتباره بين البيع والرهن كما تقدم (ف/٢٦٦ و ٢٧٣) ٠

وكذلك الاستصناع الذي كان يتردد اعتبـــاره بين البيع والوعـــد والاستئجار ٠

ومن ذلك في هذا العصر عقـد النشر والاعـلان في الجرائـد أو سواها من الوسائط ٠ وكذا عقد « المضـــايفة » (النزول في الفنـــادق بالطعام والشراب) فانـه مركب من عقـــدين ، فهو اجارة بالنسبة الى المكان ، والخدمة ، وبيع بالنسبة الى الطعام والشراب ؛ فهـــذا العقـد لما

←

التعمير ، على ان يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هـــذا العقـــار باجر سنوي ضئيل ٠

وعقد التحكير ٠ هو الاتفاق على اعطاء **أرض الوقف** الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم اجرة معجلة ليكون له عليها حق القرار الدائم ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرها كتصرف المالكين ، ويرتب عليـــه أيضا أجر سنوي ضئيل ٠

وهذان العقدان التجيء اليهما لعدم جواز بيع الوقف ٠ وحق القرار الناشيء بهما يورث عن صاحبه ويباع ٠ وقد نظمت القوانين لدينا احكاما تفصيلية لتحديد الحقوق بين الوقف وأصحاب حق القرار ٠

ولم نذكر هذين العقدين فيما عرضناه من العقود المسماة لانهما ليسا من العقود الاساسية بل من العقود الفرعية المتفرعة عن الاجارة ٠

يوضع له اسم خاص رغم شيوعه وضرورته[1] .

وكذلك عقود التعهد والالتزام . فقد بحث فيها قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا ، وهو القانون العثماني ، وبقيت تحت ذلك العنوان العام ، أي « **التعهد والالتزام** » مهما كان موضوعها حتى جاء القانون المدني السوري الجديد فسماها : **مقاولة**[2] .

وكذلك عقود الشركات مع الدول التي تمنحها امتيازا للتحري في أراضيها عن منابع الزيت والمعادن مما يدخل اليوم تحت عنوان « اتفاقيات » .

والشرع الاسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة يمنع تجاوزها الى موضوعات أخرى ، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقود أو تقييد موضوعاتها الا بان تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة في التعاقد .

والمبدأ العام في هذا الشأن قول القرآن الكريم :

---

(١) في مشروع القانون الايطالي الفرنسي الذي وضع ليكون قانونا مدنيا موحدا لايطاليا وفرنسا سمي هذا العقد باللغة الفرنسية Hôtellerie اشتقاقا من كلمة « Hôte » بمعنى الضيف التي منها كلمة Hôtel بمعنى الفندق لانه يتقبل ضيوفا للمبيت القاء أجرة .

وقد رأيت أن نسميه بالعربية « **مضايفة** » على سبيل الاشتقاق المماثل ، لان فيه بذلا ماليا متقابلا اساسه الضيافة .

(٢) وهي تسمية غير موفقة لانها لا تدل على موضوعها . وقد عرف القانون المدني في المادة (٦١٢) منه المقاولة بانها :

« **عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئا .**
او أن يؤدي عملا ، لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر » .

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »

وهذا ما استقر عليه النظر القانوني الحديث •

وقد كان للتمييز بين العقود المسماة وغير المسماة نتائج هامة قديما في القانون الروماني ، اذا كان ذلك القانون انما يقر للتعاقد قوة ملزمة في العقود التي اعترف بها القانون وسماها ، دون غيرها من الاتفاقات المختلفة الا ضمن قيود وشرائط ضيقة عندما يقوم أحد الطرفين بتنفيذ ما تم عليه الاتفاق •

وفي ظل الاحكام القانونية الحديثة اليوم ، لم يبق من ثمرة قانونية لهذا التمييز لان للمتعاقدين أن يتعاقدوا على كل موضوع ضمن حدود حقوقهما الخاصة وحدود الآداب والنظام العام • وانما تخضع العقود غير المسماة في تكوينها وأحكامها للقواعد العامة التي قررها التشريع لجميع العقود[1] •

وما ثمرة تسمية العقود بناء على ذلك الا ثمرة تسهيلية محضة • ذلك أن العقد المسمى كثير الشيوع بين الناس في معاملاتهم ، فيخص في التشريع والاجتهاد بنصوص تفصل أحكامه تسهيلا للامر على المتعاقدين حتى لا يحتاجا الى الخوض في تفاصيل مقاصد العقد والتزاماته الاساسية ، بل يعتمدان على ما نظمه التشريع فيها من أحكام •

(ر : « نظرية العقد » للاستاذ السنهوري ، ف/١٢٤ ـ ١٢٨) •

هذا ، وان لقضية العقود المسماة وغير المسماة ارتباطا وثيقا بمبدأ

---

(١) وهذا هو مقتضى احكام القانون المدني السوري ، وقبله مقتضى المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق الدينا ، كما تقدمت الاشارة اليه (ر : ف/٢٥٦) •

سلطان الارادة وحرية الشروط التعاقدية كما تقدم بيانه هناك ، فلينظر (ف/٢٠٩ و ٢١٠) •

٢٩٦ ـ ثانيا ـ بالنظر الى المشروعية وعدمها :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين :

١ ـ عقود **مشروعة** ؛ وهي ما أجازها الشرع وأذن بها ، كبيع المال المتقوم ، والرهن ، والهبة •

٢ ـ وعقود **ممنوعة** ؛ وهي التي منعها الشرع ونهى عنها ، كبيع الأجنة في بطون أمهاتها ، وبيع الملاقيح والمضامين[١] ، مما كان معروفا في جاهلية العرب فمنعته الشريعة الاسلامية •

وكذا عقد التبرع من مال القاصر ، والعقد على ما ينافي الآداب العامة من الفواحش ، أو على ما يخالف النظام العام ، كالاستئجار على ارتكاب جريمة ، ونكاح المتعة • فكل ذلك عقود ممنوعة غير مشروعة •

ونتيجة عدم مشروعية العقد أن يعتبر باطلا غير منعقد ، لفقدان إحدى شرائط الانعقاد كما تقدم (ر : ف/١٤و ١٧٢) •

---

(١) **بيع الملاقيح** : هو بيع ما ستحمل به اناث الحيوان •

وبيع المضامين : هو بيع ما سيتولد من فحول الحيوان (رد المحتار ، ١٠٢/٤) •

وقد كان ذلك معهودا في الجاهلية تسليفا على نتاج الانساب المستجادة من الابل والخيل ، فنهى عنه النبي عليه السلام فيما نهى لما فيه من غرر • فيجب أن ينتظر النتاج حتى يجوز بيع المواليد •

٢٩٧ ـ ثالثا ـ بالنظر الى صحة العقد وعدمها :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضا :

١ ـ عقود **صحيحة** ، وهي ما توافرت فيها جميع شرائطها الشرعية العامة والخاصة ، في أصلها وفي نواحيها الفرعيـــة ، كبيع المال المتقوم بثمن معلوم نقدا أو نسيئة الى أجل معلوم ، وكاجارة الشيء المعين باجر مبين مدة محددة .

٢ ـ وعقود **فاسدة** ؛ وهي التي اختلت بفقـدان بعض شرائطهـا المتعلقة ببعض نواحيها الفرعية ، كبيع الشيء بثمن مجهـول ، أي غـير محدد ؛ أو بثمن معلوم لكنه مؤجل الى أجل مجهـول . وكذا الاجـارة مع جهالة الاجرة أو المدة[1] .

وسنرى ايضاح معنى الفساد وحكمـــه في نظريـة « المؤيـــدات التشريعية » .

٢٩٨ ـ رابعا ـ بالنظر الى الصفة العينية :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضا :

١ ـ عقود **عينية** ، وهي التي يشترط لتمامها شرعا تسليم الشيء المعقود عليه . فلا يتم عقدها ولا يأخذ حكمه الا بتنفيذها . وهـــذه هي العقود الخمسة المتقدمة (ف/١٦٣) .

٢ ـ **وعقود غير عينية** ، وهي التي تتم وتأخذ حكمها بمجرد عقدها كسائر العقود الأخرى .

---

(١) لم نصنف العقود الى منعقدة وباطلة ؛ لان الباطل معدوم شرعا ، فلا يعتبر صنفا .

٢٩٩ ـ خامسا ـ بالنظر الى الشكلية :

تصنف العقود بهذا النظر الى صنفين أيضا :

١ ـ عقود **شكلية** تخضع في عقدها لشيء من الشرائط الشكلية الاعلان بالاشهاد عليه كما تقدم[1] ، وكالعقود المنشئة للحقوق والمراسم التي يفرضها التشريع ، كعقد الزواج اذ يشترط لصحته

✱ (١) في البلاد التي أخذ تشريعها الوضعي بطريقة الزواج المدني كفرنسا وسويسرة وغيرهما من البلاد الغربية تكون علنية عقد الزواج بطريق التسجيل في السجل المدني لدى ضابط الاحوال المدنية • ولا يعتبر الزواج دون هذا التسجيل ولو كان مشهودا ومشهورا •

وفي فرنسا توجب المادة /٧٥/ من قانونها المدني حضور الخطيبين بالذات امام ضابط الاحوال المدنية لاعلان زواجهما بحضرته والتوقيع على محضر العقد ، ولا تقبل الوكالة في عقد الزواج •

(ر : دالوز ، موجز القانون المدني Précis de droit civil ج ١ ف/١٠١) •

وقد اخذت تركيا الحديثة (بعد اعلان حكومتها اللادينية) بمبدأ الزواج المدني في قانونها الحديث • ولكن عامة الشعب لم تستطع التقيد بالطريقة المدنية ، نظرا الى أن الطريقة الشرعية في اعلان الزواج بالاشهاد تفيد الحل الديني في هذا الموضوع الذي له ارتباط بالعقيدة • فكانت النتيجة ان أصبحت الحكومة التركية الآن امام مشكلة كبرى : هي وجود جيش لجب من الاولاد الذين يعتبرون غير شرعيين في نظر القانون والقضاء ولا ثابتي الانساب ولا متمتعين بالحقوق الاسرية التي تتفرع عن النسب ، بينما هم شرعيون بنظر الشرع الاسلامي الذين يدين به المتعاقدون من أفراد الشعب التركي المسلم •

وهذا من نتائج التقليد الاعمى في أخذ القوانين الاجنبية غير الملائمة في مبانيها للبيئة والشعب والعقيدة والاوضاع الاجتماعية •

وفي بلادنا السورية أوجب قانون حقوق العائلة الصادر في عهد الحكومة التركية العثمانية ، وكذا قانون النفوس ، اجراء عقد النكاح

←

العينية على العقار من ملكية أو رهن أو ارتفاق الخ ... اذ يشترط في الاحكام القانونية تسجيلها في السجل العقاري : وذلك اما لاجل انعقادها ؛ واما لكي تسري آثارها ، ويحتج بها على غير العاقدين ، بحسب ما يتجه اليه التقنين من هذه التدابير على ما سلف بيانه (ر : ف/١٦٨) .

٢ ـ وعقود **رضائية** غير شكلية وهي التي لا تخضع في انعقادها الا لمجرد التراضي ، كمعظم العقود[١] .

←

بمعرفة المحكمة الشرعية وتسجيله في سجل الانكحة فيها وفي سجل النفوس (الاحوال المدنية) ، وذلك لاجل التحقق من انتفاء الموانع الشرعية والصحية وتنظيم الاثبات في الزواج وما يتفرع عنه من حقوق عند الاختلاف ، ولتنظيم احوال النفوس وقيود المواليد والاحصاآت بصورة مضبوطة . غير أن عقد الزواج المعقود وفقا لشرائطه الشرعية خارج اشراف المحكمة ودون تسجيل هو معتبر بمقتضى هذه النصوص القانونية لدينا ، وينتج جميع النتائج والحقوق الاسرية والمدنية التي تتفرع عنه متى أعلنه الزوجان أمام المحكمة الشرعية أو اثبته احدهما . ولكن اجراء عقده هكذا دون واسطة المحكمة يعتبر مخالفة تستوجب عقوبة معينة على الزوجين ومن تولى اجراء العقد بينهما وعلى الشهود .

وهذا ما أقره قانون الاحوال الشخصية لدينا ، وهو أصلح التدابير في هذا الموضوع واعدلها وهو مقبول شرعا .

وترى بذلك ان عقد الزواج في الشريعة الاسلامية هو أيسر واقل شكلية منه في غيرها حتى في احدث الشرائع الوضعية البحتة .

(١) شكلية العقود تسير الى اتساع في الاحكام القانونية اليوم في كل ما له صلة بسياسة التشريع ونظام القضاء ، او بالضرائب المالية .

والوكالة بالخصومة لا تعتبر أمام القضاء الا اذا كانت مسجلة ومصادقاً على صكها بطرق مخصوصة .

وعقد الشركة القانونية لا ينعقد الا بصك مكتوب وفقاً للمادة /٤٧٥/ من القانون المدني .

٣٠٠ ـ سادسا ـ بالنظر الى النفاذ :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين كذلك :

١ ـ عقود **نافذة** • وهي الخالية من كل حق لغير العاقدين يوجب توقفها على ارادته ، ومن كل مانع آخر يمنع نفاذها •

٢ ـ وعقود **موقوفة** • وهي التي فيها تجاوز على حق لغير عاقديها يوجب توقفها على ارادته واجازته ، كعقد الفضولي ، أو فيها مانع آخر يمنع نفاذها ، كالاكراه ، مما تقدم بيانه في بحث عدم النفاذ (ر : ف ١٩٤/٤) •

٣٠١ ـ سابعا ـ بالنظر الى اللزوم وقابلية الفسخ :

تصنف العقود بهذا النظر أربعة أصناف :

١ ـ عقد لازم بحق الطرفين ولا يقبل الفسخ بطريق الاقالة ، وهو عقد الزواج ؛ فانه لا يرتفع بالتقايل ، كما تقدم (ف /٢٩٠) • أي انه لايقبل الالغاء الاتفاقي ، ولكنه يقبل الانهاء بطرق شرعية مخصوصة ، كالتطليق ، والمخالعة ، وكالتفريق القضائي والفسخ عند وجود أسبابهما الشرعية ، مما هو مبين في مواطنه من كتب الفقه ، وفي المواد / ١١٩ ـ ١٣٠ / من قانون حقوق العائلة العثماني السابق ، وفي فصل انحلال الزواج من قانون الاحوال الشخصية لدينا[1] •

---

(١) من الادلة على أن التطليق وبقية اسباب الفرقة بين الزوجين ليست من قبيل الغاء العقد في النظر الشرعي ، بل من قبيل الانهاء كما أوضحناه هنا ، أن حرمة المصاهرة الثابتة بالنكاح لا ترتفع بالتطليق او التفريق ؛ فأم الزوجة مثلا تبقى محرمة على صهرها زوج ابنتها ابدا ولو طلقها •
←

٢ ـ وعقود لازمة بحق الطرفين ولكنها تقبل الفسخ والالغاء بطريق الاقالة أي باتفاق العاقدين ، كالبيع والصلح وسائر العقود اللازمة الاخرى •

٣ ـ وعقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط ، كالرهن والكفالة ؛ فانهما لازمان بالنسبة الى الراهن والكفيل • وغير لازمين بالنسبة الى الدائن المرتهن والمكفول له ، لانهما لمصلحته الشخصية توثيقا لحقه ، فله التخلي عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة •

٤ ـ وعقود غير لازمة أصلا بحق كلا الطرفين ؛ وهي التي يملك كل منهما فيها حق الرجوع والالغاء ؛ كالايداع والاعارة والوكالة ، مما تقدم بيانه في بحث اللزوم من الآثار العامة للعقود (ف / ١٩٧ ـ ٢٠٢) •

٣٠٢ ـ ثامنا ـ بالنظر الى تبادل الحقوق :

تصنف العقود بهذا النظر ثلاثة أصناف :

١ ـ عقود **المعاوضات** ؛ وهي التي تقوم على أساس انشاء وجائب متقابلة بين العاقدين يأخذ فيها كل من الطرفين شيئا ويعطي في مقابله شيئا ، وذلك كالبيع والاجارة ، والصلح عن مال بمال •

←

وقد استشكل صاحب جامع الفصولين قول الفقهاء : « **ان النكاح لا يحتمل الفسخ** » بأن النكاح ينفسخ بعد تمامه بالردة ، وبما اذا ملك أحد الزوجين الآخر اذا كان رقيقا •• (جامع الفصولين ، الفصل /٢٥ من الخيارات ج١ ص/٣٣٤/ طبعة المطبعة الازهرية) •

ويزول هذا الاشكال بتبيننا عن التمييز بين الانهاء والالغاء • فمعنى قولهم لا يقبل الفسخ : أنه لايقبل الالغاء •

٢ ـ وعقود **التبرعات** ؛ وهي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر ، كالهبة والاعارة •

٣ ـ وعقود تحوي معنى التبرع ابتداء ، والمعارضة انتهاء ؛ كالقرض والكفالة بأمر المدين ، والهبة بشرط العرض :

ـ فالمقرض متبرع باسعاف المقترض بالمال الذي يعوزه •

ـ والكفيل بالامر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين •

ـ والواهب الذي يهب على شرط أخذ عوض عن هبته متبرع أيضا بما يعطي •

ولكن عندما يسترد المقرض نظير ما أقرض ، ويرجع الكفيل على المدين بنظير ما دفع عنه ، ويأخذ الواهب من الموهوب له شيئا مقابلا لهبته ، يؤول العقد وينتهي الى معاوضة •

ونتيجة ذلك أن تطبق على العقد في ابتدائه شرائط التبرع ، وفي انتهائه أحكام المعاوضة • فتشترط في هذه العقود أهلية العاقد للتبرع : فلا تقبل الكفالة من القاصر مثلا ، ويجري حكم البيع في عوض الهبة فيرد بالعيب مثلا ، ويؤخذ بالشفعة ان كان عقارا • (المجلة / ٦٢٨ و ١٠٢٢) • فلو كانت الكفالة بدون أمر المدين ، بان تطوع شخص بالكفالة عنه بلا تكليف منه ، تكون تبرعا من كل وجه ، اذ ليس للكفيل عندئذ حق الرجوع على المدين بما يدفع عن ذمته من دينه (ر : الدر المختار ٤/٢٧١ ـ ٢٧٢) •

٣٠٣ ـ تاسعا ـ بالنظر الى الضمان وعدمه :

تصنف العقود بهذا النظر ثلاثة أصناف :

١ ـ عقود **ضمان** : وهي التي يعتبر المال المنتقل ، بناء على تنفيذها ، من يد الى يد مضمونا على الطرف القابض له • فمهما يصبه من تلف فما دونه ، ولو بآفة سماوية ، يكن على مسؤوليته وحسابه •

وهذه العقود هي : البيع ، والقسمة ، والصلح عن مال بمال ، والمخارجة ، والقرض ، واقالة هذه العقود •

٢ ـ وعقود **أمانة** : وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه • فلا يكون القابض مسؤولا عما يصيبه من تلف فما دونه الا اذا تعدى عليه أو قصر في حفظه •

وهذه العقود هي الايداع ، والاعارة ، والشركة بأنواعها ، والوكالة ، والوصاية •

٣ ـ وعقود **مزدوجة الاثر** : فتنشىء الضمان من وجه ، والامانة من وجه •

وهذه العقود هي : الاجارة ، والرهن ، والصلح عن مال بمنفعة •

فالاجارة يعتبر فيها المال المأجور أمانة في يد المستأجر ، لكن منافعه المعقود على استيفائها مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها • فلو ترك المأجور دون أن ينتفع به حتى مضت مدة الاجارة يكون ما فات من المنافع فائتا على حسابه ، وتلزمه الاجرة التي هي قيمة تلك المنافع (المجلة / ٤٧٠) •

والصلح عن مال بمنفعة يعتبر في حكم الاجارة كما تقدم في بحث تقسيم العقود (ر : ف/٢٨٤) •

فالمال الذي يقدمه أحد المتصالحين لتكون منفعته خلال مدة معينة

بدلا متصالحا عليه في عقد الصلح يعتبر كالمأجور في يد المستأجر • فمنافعه تمضي مضمونة على حساب القابض ، فيعد بمضيها مستوفيا لبدل الصلح • أما عين المال فأمانة في يده •

والمال المرهون مضمون منه على المرتهن مايعادل الدين ، والزائد أمانة في يده كما تقدم (ر : ف/٨٧) •

٣٠٣ / ٢ ـ ضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الامانة :

والمبدأ الشرعي الذي يقوم على أساسه التميز بين عقود الضمانات وعقود الامانات ، بحسب ما يوحي به استقراء الاحكام واستنطاق عللها الفقهية في شتى المناسبات ، هو ان فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى المعاوضة فيه ولو نهاية ومآلا • وحينئذ يكون العقد عقد ضمان في الناحية التي تتعلق بها المعاوضة • ويكون القابض ضامنا في هذه الناحية • اما فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة ؛ وتنفيذه بالتسليم والتسلم يجعل القابض أمينا على المال •

وتخريجا على هذا المبدأ نرى .

أ ـ ان عقد البيع يعتبر عقد ضمان مطلقا • وكذا عقد الصلح عن مال بمال • ذلك لان قبض المال المعقود عليه فيهما انما هو قبض على أساس الاستيفاء لما استحقه القابض في مقابل عوض •

وكذلك عقد القرض ، لان المال انما يقبض فيه امتلاكا على أساس الايفاء برد مثله عوضا عنه • فهو معاوضة انتهاء ومآلا كما تقدم •

ب ـ أما عقد الاجارة فان المعاوضة فيه انما هي بين الاجرة والمنفعة دون عين المأجور ، وليس تسليم العين الا وسيلة ضرورية لاستيفاء

منفعتها • فتعتبر الاجارة عقد ضمان بالنسبة الى الاجرة والمنفعة لانهما محل المعاوضة ومتعلقها • ويكون المؤجر ضامنا للأجـرة التي يتسلمها ، والمستأجر ضامنا للمنافع التي تصبح تحت تصرفه •

أما عين المأجور في يد المستأجر فالعقد في حقها عقد أمانة •

وكذلك عقد الرهن • فان قبض المرهون انما هو قبض على أساس الاستيفاء عند الاقتضاء الى جانب معنى الاستيثاق كما تقدم (ف/٨٧) •

والاستيفاء هنا معاوضة • لكن الاستيفاء من المرهون محدد بمقدار الدين • فيكون الزائد من المرهون أمانة ، اذ لا معاوضة بالنسبة اليه •

ج ـ وأما عقود الاعارة ، والوكالة ، والشركة ، ونحوها فانهما خالية خلوا تاما من معنى المعاوضة • فتعتبر عقـود أمانـة ، ويكون مال الموكل في يد وكيله ، ومال القاصر في يد وصيه ، ومال الشريك في يد شريكه ، والعارية في يد مستعيرها ، كل ذلك أمانة محضـة غير مضمونـة بمقتضى العقد ، كالوديعة[1] •

---

(١) جاء في آخر بحث شركة العنان من « الهداية » ما نصه :

« ويد الشريك في المال يـد أمانـة ، لانه قبض المـال باذن المالك لا على وجه البـدل والوثيقـة ، فصـار كالوديعة » ا هـ •

(ر : الداية وفتح القدير ٥/٤٠٤) •

فأفاد بمفهومه ان القبض المضمون هو ما كان واقعا على ملك الغير بلا اذنه ، كقبض المغصوب ، أو كان واقعا تنفيذا لعقد مبـادلة أي معاوضـة كقبض المبيع ، أو على سبيل التوثيق كقبض المرهون •

وقد وجدنا في هذا النص خاصة ، وفي الاحكام المقررة لكل عقد بوجه

٣٠٤ ـ عاشرا ـ بالنظر الى غاية العقد :

تصنف العقود بهذا النظر خمسة أصناف :

١ ـ ما غايته **التملك** ؛ كالبيع ، والهبة ، والوصية ، والاجارة ، والاعارة .

٢ ـ وما غايته **الاشتراك** ؛ كالشركة ، والمضاربة ، والمزارعة .

٣ ـ وما غايته **التوثيق** ؛ كالرهن ، والكفالة .

٤ ـ وما غايته **التفويض** والانابة ؛ وهو الوكالة ، والوصاية .

٥ ـ وما غايته **الحفظ** ، وهو عقد الايداع .

٣٠٥ ـ حادي عشر ـ بالنظر الى الفورية والاستمرار :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضا :

أ ـ عقود فورية . وهي التي لا يحتاج تنفيذها الى زمن ممتد يشغله باستمرار ، بل يتم تنفيذها فورا دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان ، كالبيع ولو بثمن مؤجل ، والصلح ، والقرض ، والهبة . فان تنفيذ هذه العقود باستيفاء كل عاقد ما يسوغه العقد استيفاءه يتم وتنقضي به الالتزامات في آن واحد .

←

عام ، مستند هذا الضابط الذي ذكرناه للتمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة . وبما أن بحثنا عن الضمان لا عن قبض الضمان فلا حاجة الى ذكر الاذن وعدمه .

وقد رأينا امكان الاستغناء بعلة « **المعاوضة** » عن علة « **التوثيق** » ، لان المقصود بذكر التوثيق تعليق ضمان الرهن وما في حكمه ، وهذا يمكن رده الى ما في الرهن من معنى المعاوضة مآلا ، كما أوضحناه .

ب ـ وعقود مستمرة : وهي التي ، بحسب موضوعها ، يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن بحيث يكون الزمن عنصرا أساسيا في تنفيذها، ولذلك تسمى أيضا **عقودا زمنية** . وذلك كالاجارة ، والاعارة ، وشركة العقد ، والوكالة . فان تنفيذ هذه العقود وأمثالها باستيفاء منافع المأجور والعارية ، وبممارسة أعمال الشركة والوكالة ، يحتاج الى وقت متسع يسري حكم العقد فيه باستمرار .

ويعتبر من هذا القبيل اليوم في النظر القانوني عقد الاشتراك في الصحف الدورية من جرائد ومجلات ، والتعهد بتقديم بعض الارزاق والاطعمة يوميا الى صاحب مطعم أو فندق أو مستشفى مثلا ، فانه يعتبر عقدا مستمرا ولو كان في الحقيقة من قبيل البيع . ويسمى في الاصطلاح القانوني : **عقد التوريد** .

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري ف/١٤٧ ـ ١٤٨) .

نتائج التمييز بين العقود الفورية والاستمرارية :

وان لهذا التمييز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية نتائج هامة اتفق فيها النظر الشرعي الاسلامي والنظر القانوني الحديث ، أهمها أمران :

١ ـ أن العقد الفوري كالبيع مثلا اذا فسخ يكون فسخه مستندا الى الماضي ، فيوجب التراد فيما نفذ من التزامات العاقدين .

أما العقد المستمر ففسخه يكون مقتصرا غير مستند كما سنرى في بحث انحلال العقود (ف/٢٩٣) .

٢ ـ ان الالتزامات المتقابلة في عقد المعاوضة المستمر انما تثبت


Bibliotheca Alexandrina
05597393